



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCEL FORTES DE OLIVEIRA PORTELA

Matrícula 09/12875

**A FAMÍLIA COMO INSTITUIÇÃO GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO EM
FACE DA POLIAFETIVIDADE: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO
JUDICIAL DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS**

Brasília-DF

2012

MARCEL FORTES DE OLIVEIRA PORTELA

**A FAMÍLIA COMO INSTITUIÇÃO GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO EM
FACE DA POLIAFETIVIDADE: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO
JUDICIAL DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso
de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.**

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa

Brasília-DF

2012

MARCEL FORTES DE OLIVEIRA PORTELA

**A FAMÍLIA COMO INSTITUIÇÃO GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO EM
FACE DA POLIAFETIVIDADE: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO
JUDICIAL DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso
de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.**

**Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa
Brasília, 01/03/2013.**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Alexandre Bernardino Costa
Orientador

Prof. Dr. Paulo Blair de Oliveira
Integrante da Banca Examinadora

Profa. Doutoranda Daniela Moraes
Integrante da Banca Examinadora

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Integrante da Banca Examinadora

À memória de meu avô, Antônio Carvalho de Oliveira Filho (o Tote), homem com coração de menino, exemplo de cidadão e pai carinhoso, pela família apaixonada que deixou.

Agradeço:

Aos meus pais, pelo carinho e apoio incondicionais, sem os quais não teria chegado até aqui e que hão de sempre viver em mim.

Ao meu irmão, com quem aprendi as palavras lealdade e amizade. Que nunca se perca a vontade de ser irmão futuro, antigo e sempre.

Aos amigos que fiz na Capital, em especial, ao João Gabriel e ao Rafael, pelo que crescemos juntos.

Ao PET Direito UnB, por me ensinar que a educação pode ser uma experiência emancipatória.

RESUMO

As uniões afetivas simultâneas ou paralelas têm se multiplicado no cenário fático dos processos das Varas de Família, com os mais variados arranjos. São situações nas quais um sujeito mantém uma convivência familiar com dois ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes. Apesar do incremento do número de pessoas envolvidas nesse tipo de estruturação da vida privada, não há ainda por parte do Poder Judiciário o devido reconhecimento desses núcleos afetivos simultâneos, como entidades familiares legítimas. O Poder Judiciário, seguindo o entendimento pacificado das cortes superiores insiste na impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes ou paralelas, reduzindo a união estável que foi constituída em segundo lugar ao *status* de concubinato, em função da preeminência do princípio da monogamia, supostamente imprescindível e estrutural à sociedade brasileira e em defesa da lealdade que deve vigor entre os companheiros. A postura usualmente adotada pelos juristas brasileiros pressupõe a concepção do casamento monogâmico como forma suprema de manifestação da família como garantia institucional. Essa conclusão torna imprescindível o enfrentamento da questão das garantias institucionais em qualquer discussão séria sobre o tema do paralelismo afetivo, uma vez que a monogamia é concebida como componente do núcleo essencial de qualquer entidade familiar. Um marco teórico liberal e secular que partisse de uma perspectiva não monolítica da família, fundada na liberdade de estruturação do afeto, dispensaria o instrumental das garantias institucionais, por outro lado permitindo a proteção de todas as modalidades de família pela importância que essas formações assumem na vida das pessoas, sem que essa garantia sirva para hipostasiar valores hegemônicos de uma forma de vida tradicional. Tal abordagem poderia permitir o reconhecimento de eficácia jurídica ao paralelismo afetivo.

Palavras-Chave: Paralelismo Afetivo – Garantias Institucionais – Casamento – Monogamia – Uniões Estáveis Simultâneas

RESUMEN

Últimamente se ha observado, en los Juzgados de Familia, la multiplicación de los fallos que envuelven parejas de hecho simultáneas. Son situaciones en las cuales un sujeto mantiene convivencia familiar con dos o más otros sujetos, formando núcleos distintos y concomitantes. Aunque sea cada vez más relevante la cantidad de personas envueltas en este tipo de estructuración de la vida privada, todavía no hay por parte del Poder Judicial el debido reconocimiento de estos núcleos afectivos simultáneos como entidades familiares legítimas. El Poder Judicial, cumpliendo el entendimiento uniforme de las cortes superiores, insiste en la imposibilidad del reconocimiento de parejas de hecho concomitantes o paralelas, reduciendo la pareja de hecho que haya sido constituida en segundo lugar a lo *status* de concubinato. Eso ocurre en función de la preeminencia del principio de la monogamia, considerado imprescindible y estructural a la sociedad brasileña, y en defensa de la lealtad que debe regir entre los conjugues. La postura usualmente encampada por los juristas brasileños presupone la concepción del matrimonio monógamo como la forma suprema de la manifestación de la familia como garantía institucional. Esa conclusión torna imprescindible el enfrentamiento de la cuestión de las garantías institucionales en cualquiera discusión seria sobre el tema del paralelismo afectivo, en cuanto se entiende la monogamia como componente del núcleo esencial de cualquiera entidad familiar. Un marco teórico liberal y secular que partiera de una concepción no monolítica de familia, basada en la libertad de la estructuración del afecto, dispensaría el instrumental de las garantías institucionales, por otro lado permitiendo la protección de todas las modalidades de familia en virtud de la importancia que asumen en la vida de los individuos, sin que dicha garantía sirva para hipostasiar valores hegemónicos de una tradicional forma de vida. Tal aproximación permitiría la atribución de eficacia jurídica al paralelismo afectivo.

Palabras Clave: Paralelismo Afectivo – Garantías Institucionales – Matrimonio – Monogamia – Parejas de Hecho Simultáneas

SUMÁRIO

1.1. Introdução: As uniões de fato e o concubinato	9
1.2. Panorama das uniões de fato na atualidade.....	11
2.1. A Constituição de 1988 e as Uniãoes de Fato	17
2.2. Análise do Precedente Paradigmático do Supremo Tribunal Federal .	20
2.3. As Garantias Institucionais	26
2.4. O Casamento como Garantia do Instituto na Jurisprudência do STF..	37
2.5. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça	39
2.6. Outros julgamentos relevantes	48
2.7. O entendimento da doutrina tradicional de direito de família	61
2.8. O Paliativo da União Estável Putativa	63
2.9. A Contribuição de Maria Berenice Dias	65
2.10. A Contribuição de Carlos Pianovski Ruzyk	67
2.11. A Boa-Fé Objetiva e o Paralelismo Afetivo	75
2.12. Uma nova garantia do instituto da família?	76
2.13. A teoria das garantias institucionais vale a pena?.....	80
2.14. O Direito entre segurança jurídica e liberdade.....	86
3. Epílogo: A dignidade do paralelismo afetivo	88
4. Referências:.....	91

*Si puer cum puellula
moraretur in cellula
felix coniunctio!
Amore suscescente,
pariter e medio
propulso procul tedio,
fit ludus ineffabilis
membris, lacertis, labiis.
(Carmina Burana, 19)*

1.1. Introdução: As uniões de fato e o concubinato

Há não muito tempo se dizia que a família, instituição medular da sociedade, era constituída pelo casamento civil (Art. 175, *caput*, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969). Uniões de fato entre um homem e uma mulher não recebiam o reconhecimento das autoridades do Estado, como entidades familiares, sendo-lhes atribuído o *status* de concubinato – do latim “*cum cubare*”, dormir junto – tidos os filhos nascidos dessa relação como ilegítimos, porque não concebidos sob o pálio do matrimônio.

Falava-se, então, de dois tipos de concubinato, o *puro* e o *impuro*. O primeiro consistia na união de pessoas que não tinham a intenção de casar, mas não eram impedidas a tanto. O segundo se formava quando aos parceiros era vedado que se unissem pelo matrimônio, pois “se estabeleciam contrariamente às condições impostas ao casamento, ou seja, materializadas nos impedimentos matrimoniais”¹. Estes últimos podiam ser incestuosos, quando se configurassem impedimentos derivados de relações de parentesco, ou adulterinos, que ocorriam quando um indivíduo casado estabelecia, simultaneamente, relação com outra pessoa.

O primeiro tratamento que o direito brasileiro deu aos relacionamentos simultâneos foi o de uniões espúrias, imorais, ilícitas². Por se constituírem paralelamente à família legítima, aquela oficializada pelo casamento, mereciam o desprezo dos órgãos públicos, como suposto reflexo da desconsideração que recebiam da moral média.

Entretanto, nas últimas décadas, a sociedade brasileira sofreu severas transformações, em curto prazo, equalizando as relações familiares, democratizando o Direito de Família, desmitificando os seus institutos. Emergia um movimento de afirmação da família eudemonista, construída para proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e assegurar-lhes a busca da felicidade na vida privada. O casamento foi retirado de seu pedestal, como ícone de todas as famílias, a norma da família, e passou a constituir apenas mais uma forma de estruturação das relações de afeto.

¹ FERRAZ, Paula Carvalho. **O concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional**, p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em 09.04.2012.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI, p. 554 e ss.

O reconhecimento e a incorporação dessas transformações, no entanto, não foi fácil, e o direito posto, em muitas ocasiões, dificultou a evolução dos costumes, às vezes contrariando a própria organização livremente assumida e pactuada pelos indivíduos na regulação de seus relacionamentos íntimos, e, em outras, garantindo direitos quando estes não eram mais suficientes para a proteção das complexas situações de vida que batiam às portas dos poderes públicos. Foi assim que, só na década de 1960³, o Supremo Tribunal Federal, iniciou um lento processo de reconhecimento de direitos às uniões de fato, simultâneas ou não, começando por equipará-las às sociedades de fato.

Ora entendia-se que o que diferenciava as uniões livres do casamento era exatamente a liberdade que os componentes das primeiras tinham de descumprir os deveres do último. Dizia-se que elas poderiam ser terminadas a qualquer instante, independentemente de quanto tempo houvessem durado, sem que ao companheiro abandonado coubesse qualquer reparação.⁴ Com a finalidade de evitar esse tipo de injustiça, o STF editou o enunciado 380 de suas Súmulas, ainda vigente, segundo o qual: “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

A companheira ou o companheiro de uma união de fato não se considerava como integrante de uma entidade familiar, o que seria uma ofensa ao casamento, por já ter este sido constituído anteriormente, ou porque sua forma simplesmente não foi empregada, e isso não se podia admitir.

Como prêmio de consolação, poderia lutar em outra ação judicial, a ser impetrada na Vara Cível, nunca na de Família, pelo reconhecimento de uma parceria ou de uma sociedade de fato, como se o que tivesse aproximado os companheiros fosse o objetivo de obter lucros ou a conveniência econômica. E para que demonstrasse o referido “esforço comum” na constituição de um patrimônio conjunto, teria que acumular um amplo acervo probatório.

A expressão “esforço comum” foi ganhando significado amplo, com o tempo, passando o Judiciário a entender que a companheira concorria para o enriquecimento do parceiro ainda que se ativesse aos afazeres domésticos, propiciando-lhe o necessário

³ Cf. RE nº 19.561, PUBLICAÇÃO: DJ DE 29/10/1953; RE nº 44.108 PUBLICAÇÕES: DJ DE 4/8/1960 e RTJ 14/231; RE nº 26.329, PUBLICAÇÃO: DJ DE 11/8/1961; AI nº 24.430, PUBLICAÇÃO: DJ DE 15/6/1961; RE nº 49.064, PUBLICAÇÃO: DJ DE 18/1/1962; RE nº 52.217, PUBLICAÇÃO: DJ DE 12/9/1963; RE nº 9.855, PUBLICAÇÃO: DJ DE 28/5/1948; AI nº 12.991, PUBLICAÇÃO: DJ DE 21/8/1947.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI, p. 554 e ss.

suporte e tranquilidade para o exercício profissional.⁵ Ainda assim, a Justiça continuava a flertar com o casamento, pois só se sustentava a presunção de contribuição ao incremento patrimonial da dupla, caso ambos mantivessem uma união “*more uxorio*”, ou “como se casados fossem”. A forma sacralizada do casamento permanecia a assombrar as uniões livres.

O Código Civil de 1916 tinha alguns poucos dispositivos que se referiam ao concubinato, fazendo restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, a concubina de participar da sucessão ou de receber doação. Essas limitações foram gradativamente sendo aplicadas somente aos casos de concubinato adulterino, vale dizer, àqueles paralelos ao casamento.⁶

1.2. Panorama das uniões de fato na atualidade

A Constituição de 1988 veio reestruturar e reorganizar essa e muitas outras matérias. Incorporou, como já não era sem tempo, profundas transformações na estruturação das famílias, consolidando e acelerando o processo de mudanças sociais nessa área. Em primeiro lugar, rompendo com a tradição de todas as constituições anteriores, deixou de reconhecer o casamento como célula essencial da família, como a forma taxativa de organização do afeto. Falando, no *caput* do Art. 226, que a família, sem maiores qualificações, será objeto de proteção especial do Estado, dá ensejo à configuração do pluralismo familiar, com a mais ampla liberdade de escolha de modos de convivência, típica da disciplina das relações privadas. O Estado não diz mais aos cidadãos como direcionar seu afeto.

O casamento não desaparece, entretanto, e permanece como entidade familiar explicitamente reconhecida pela Constituição. A diferença, dessa vez, é que, ao lado dele, emergem a família monoparental (Art. 226, § 4º) e a união estável (Art. 226, § 3º), como entidades familiares expressamente contempladas pelo texto da Carta Magna. Esse elenco não exclui, como já referido, ainda outras uniões ou agrupamentos familiares, uma vez que, extinto o monopólio do matrimônio, o vetor imperante é o do direito de amar livremente.

⁵ BRASIL, **Resp. 183.718 – SP**, 4º T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1º-10-1998.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI, p. 554 e ss.

A união estável veio substituir a preconceituosa e discriminatória expressão do concubinato e, finalmente, alçar as uniões de fato ao *status* de família que mereciam. Aos filhos dessas uniões, como a todos os filhos, foram assegurados os mesmos direitos, tendo sido vedadas denominações pejorativas (Art. 227, § 6º). Parecia ser o fim do concubinato.

A legislação infraconstitucional, de início não facilitou o reconhecimento de uniões estáveis. A primeira lei sobre a matéria, de nº 8.971 de 29.12.1994, regulamentando a norma constitucional, definiu os companheiros como o homem e a mulher que mantivessem união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole (cf. Art. 1º). A previsão de prazo, demasiadamente longo, deixou diversas uniões desamparadas, à margem da proteção estatal.

Seguiu-se a Lei nº 9.278 de 10.05.1996, que alterou o conceito de união estável, omitindo os requisitos de natureza pessoal, o tempo mínimo de convivência e a previsão de existência de prole. Foi incorporada à definição, por outro lado, a finalidade de constituir família e as qualificadoras duradoura, pública e contínua. (cf. Art. 1º).

A referida norma representou um grande avanço na garantia de proteção a essa entidade familiar. A exigência de publicidade, duração e continuidade, que distinguiria a união estável de um simples namoro, tinha como escopo valorizar os agrupamentos que efetivamente se destinassem à constituição de família, embora essa linha nem sempre fosse facilmente traçável na situação de fato sob a análise judicial.

O problema é que o monismo do casamento fincou raízes na cultura jurídica nacional e no entendimento dos tribunais, fazendo com que os juristas e juízes, mesmo sob a égide da nova Constituição e no contexto de um paradigma de interpretação constitucional renovado, continuassem a insistir na postura tutelar e paternalista que mantinham anteriormente, impondo, de cima para baixo, a “forma do casamento” e pressupondo, ao arrepio da nova ordem, a precedência dessa forma de organização do afeto sobre todas as outras. É assim que o requisito da “finalidade de constituir família”, previsto na nova lei, continuou a ser confundido com a união *more uxorio*, ou seja, à maneira do casamento ou “com aparência de casamento” como adiante se verá. Também a *affectio maritalis*, tradicionalmente relacionada com o casamento, foi incluída dentre os requisitos da união estável.

Hoje, o Novo Código Civil dispõe de um título específico no Livro de Família, composto por cinco artigos (Art. 1723 a 1727), regulando os aspectos pessoais e patrimoniais das uniões estáveis, havendo introduzido disposições em outros capítulos, quanto a certos efeitos, mantendo, no geral, os princípios das duas leis anteriores, que restam agora revogadas, por haver o novo diploma civil sistematizado toda a matéria. A inserção da união estável no Novo Código Civil, após a regulamentação das relações patrimoniais derivadas do casamento, reflete a preferência do legislador por esta modalidade familiar e o consequente tratamento não isonômico concedido às uniões de fato.⁷

Para a configuração da união estável, no regime introduzido pelo Novo Código Civil, faz-se necessário o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos. Basicamente, são os mesmos requisitos de toda entidade familiar.

Podem ser apontados como de ordem subjetiva a convivência *more uxorio* e a *affectio maritalis*. A primeira, tradicionalmente, é entendida como uma comunhão espiritual e material, envolvendo assistência mútua, atenção, afeto e associação de interesses típicos da vida em conjunto, em semelhança à situação de pessoas casadas. A segunda confundir-se-ia com o ânimo ou o objetivo de constituir família, propriamente dito, sendo um aspecto de difícil delimitação. Normalmente, é identificada por meio dos sinais da convivência à moda conjugal, ou seja, dissolve-se no requisito anterior. Como já referido este requisito serve para impedir que meros encontros amorosos ou namoros configurem a entidade familiar, mas as situações concretas estão sempre a desafiar esses modelos jurídicos.⁸

Em verdade, é difícil se afirmar, atualmente, que o objetivo de constituição de família, como um requisito de uma união estável, possa ser aferido a partir de uma avaliação subjetiva ou psicológica dos companheiros. De fato, hoje se sustenta que a aferição desse requisito deve ser feita com base na análise dos sinais de configuração real e fática da relação (e.g. a convivência duradoura sobre o mesmo teto).

A união estável é um ato-fato jurídico, também chamado de ato-real, não necessitando de qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos jurídicos. É suficiente, para que a união de fato se converta em uma entidade familiar juridicamente reconhecida, que estejam presentes os elementos configuradores da

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI, p. 553.

⁸ *Idem*, p. 555.

situação de fato prevista como hipótese de incidência das normas constitucionais e legais cogentes referidas à matéria. É mesmo possível que ambos os companheiros de uma união de fato tenham manifestado a vontade de nunca constituírem união estável, ou conservem esse desejo no seu íntimo, buscando manter um relacionamento afetivo sem repercussões jurídicas e, ainda assim, uma união estável entre eles reste judicialmente reconhecida.⁹

No mesmo sentido, caso os companheiros de uma união de fato negociem um “contrato de namoro”, não de todo raros na realidade dos serviços registrais e notariais, pelo qual se comprometam a manter um relacionamento descompromissado e a nunca constituir uma união estável, o referido negócio será nulo e de nenhum valor jurídico, caso, em algum momento, façam-se presentes os elementos fáticos configuradores da união estável, ato-fato jurídico.¹⁰

Haveria como não ver nessa automática incidência do regime jurídico da união estável às uniões de fato que possuem todas as características típicas de entidade familiar, mas cujos integrantes não queiram algo além de um relacionamento descompromissado, uma agressão da liberdade de estruturação das relações de afeto?

Essa é uma questão deveras controversa e o risco de incorrer em certo paternalismo ao se fazer a defesa dessa incidência *ipso facto* da normativa de direito de família a essas uniões, como já postula a maior parte da doutrina contemporânea (cf. Paulo Lôbo e Berenice Dias), não pode ser desconsiderado. No entanto, acreditamos que, como as uniões estáveis só são reconhecidas em juízo, quando há pedido expresso nesse sentido, não ofende o direito fundamental à liberdade a atribuição de *status* familiar às uniões de fato nesses casos.

Sempre que houver a configuração de uma interdependência afetiva e patrimonial, derivada da comunhão de vida dos companheiros, que mantiveram um relacionamento estável, público e contínuo, do qual se possa, pela simples análise dos fatos, supor que os envolvidos teriam o objetivo de constituir família, torna-se possível a aplicação do direito de família, mesmo que dessa interdependência não tivesse uma clara compreensão, quando da vigência da união estável, a parte posteriormente interessada no reconhecimento dessa união.

⁹LÔBO, Paulo Luís Neto, **Famílias**, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 169.

¹⁰ *Idem*, p. 173.

A liberdade de organização das relações de afeto deve vir acompanhada da responsabilidade pelas legítimas expectativas de afeto geradas, o que justificaria essa incidência, aparentemente, automática.

Os sinais fáticos que costumam ser apontados para o reconhecimento dos ditos requisitos subjetivos de uma união estável são os seguintes: “a manutenção de um lar comum, frequência conjunta a eventos familiares e sociais, eventual casamento religioso [que não haja observado os requisitos da lei para ter efeitos civis], existência de filhos havidos dessa união, mútua dependência econômica, empreendimentos em parceria, contas bancárias conjuntas etc”.¹¹

A convivência sob um mesmo teto, no entanto, tem sido relaxada como pressuposto de configuração da união estável, embora em situações excepcionais, quando o Judiciário entende que há outros fortes indícios da presença do desejo de constituir família.¹²

É certo que ainda na década de 1960 o STF, quando nem mesmo se reconheciam as uniões de fato como modalidades de família, fixou o enunciado 382 de suas Súmulas, segundo o qual: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Entenda-se por isso que a vida à maneira de marido e mulher precisaria estar presente independentemente deste indício, ela nunca seria dispensada. Imaginava-se que duas pessoas poderiam conviver “como se casados fossem”, mas sem a coabitação, em virtude de contingência profissional ou conveniências sociais.

E, como de ordem objetiva elencam-se os seguintes requisitos: a) a diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica (cf. Art. 1723 do CC).¹³

Há ainda os que acrescentam, como requisito objetivo para a configuração de uma união estável, a possibilidade de conversão dessa união de fato em casamento. A respeito da inclusão da conversibilidade em casamento no conjunto dos requisitos dessa entidade familiar, Paulo Lôbo ensina que:

¹¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do concubinato ao casamento**, 6ª ed., São Paulo, Método, 2003, p. 133.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI, p. 556

¹³ *Idem*, p. 557.

A inexistência de impedimento para o casamento não pode ser considerada requisito, porque pessoa casada separada de fato pode constituir união estável. É questionável a inclusão da conversibilidade para o casamento, como requisito, e só o fazemos em razão dos enunciados normativos vigentes e para demonstrar sua impropriedade. O enunciado da Constituição, que tem servido a argumentos discriminatórios contra a união estável, é “devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. O que se tem aí não é requisito e nem condição resolutive. Reordenando os requisitos, temos que a união estável é exigente dos três comuns a todas as entidades familiares e um específico, que lhe destaca a identidade e a autonomia. Os requisitos comuns (encontrados no casamento, na entidade monoparental, na entidade de irmãos sem pais ou de outras entidades de parentes distintas da família nuclear) são: a) a publicidade ou ostensibilidade da convivência; b) afetividade; c) estabilidade [...] O requisito exclusivo é a convivência de um homem e de uma mulher em posse do estado de casados – *more uxorio* –, ou seja, em conformidade com o costume de casado, ou como se casados fossem, com todos os elementos essenciais.¹⁴

Hoje, a exigência de diversidade sexual para a configuração da união estável foi superada, após muita divergência jurisprudencial, quando do julgamento da ADPF nº 132 – RJ, que foi recebida parcialmente como ADI nº 4277 – DF, tendo sido fixado o entendimento pelo STF de que interpretação conforme a Constituição do referido Art. 1723 do Código Civil não poderia excluir as uniões homoafetivas da proteção especial devida pelo Estado.

Por outro lado, o regime do Código, como interpretado pela doutrina, parece continuar a afirmar a preferência dada pelo direito à forma do casamento. Não somente quando impõe como requisito subjetivo para materialização da união estável a convivência dos companheiros como se fossem marido e mulher, mas também quando requer a ausência de impedimentos matrimoniais e a observância da monogamia.

É nesse sentido que o Novo Código Civil, que já nascia ultrapassado em vários aspectos, ressuscita a figura do concubinato, hoje reduzido ao antigo concubinato adúltero, e dispõe, com a finalidade expressa de afastar as uniões simultâneas ou paralelas do regime da união estável, que: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Assim, hoje, como dantes, as uniões constituídas ao lado de um casamento, cuja sociedade conjugal não tenha sido dissolvida pela separação judicial ou de fato (Art. 1723, § 1º), ou cujo vínculo não tenha sido rompido pelo divórcio, não são consideradas entidades

¹⁴ LÔBO, Paulo Luís Neto. **Famílias**, p. 168-169.

familiares, mesmo que preencham todos os outros requisitos de uma união estável, sendo remetidas à solução obrigacional pré-constitucional.

O objetivo deste trabalho é entender a argumentação utilizada pelos autores nacionais e pela Jurisprudência, com destaque para os julgamentos do STF e do STJ, para negar reconhecimento, como entidades familiares, a uniões que se formam paralelamente a um casamento anterior ou a uma prévia união estável, no intuito de desvendar os reais motivos da sua marginalização, escamoteados por essas linhas de argumentação e os temores e suscetibilidades que o tema desperta em nossa classe jurídica. Perceber-se-á que a postura usualmente adotada pelos juristas brasileiros pressupõe a concepção do casamento monogâmico como forma suprema de manifestação da família como garantia institucional.

Defende-se que à união simultânea ao matrimônio ou a outra(s) união(ões) de fato que seja ostensiva, estável e fundada no afeto, não se pode deixar de reconhecer o *status* de família, com todos os efeitos daí decorrentes.

2.1. A Constituição de 1988 e as Uniões de Fato

A Constituição Federal alçou as uniões afetivas informais, denominadas de união estável, à condição de entidade familiar digna da proteção do Estado, em pé de igualdade com o casamento. Se admitirmos a isonomia das entidades familiares, não estará autorizado o legislador ordinário a excluir dessa mesma proteção um núcleo que se constitua simultaneamente ao casamento, sob o fundamento de que este não seria passível de conversão em casamento, conforme mandamento do Art. 226, § 3º. Isso significaria privilegiar a forma do casamento, como o modelo familiar oficial, o arquétipo de todas as outras estruturas familiares, em violação ao princípio da isonomia, atuando o Direito no sentido de violar direitos, marginalizando formações dessa natureza.¹⁵

A predominância ou a exclusividade conferida ao casamento, no paradigma da família patriarcal, que por muito tempo vicejou no direito brasileiro, ocasionava a

¹⁵ SILVA, Lorene Lopes. **A tutela jurídica das famílias simultâneas: a constitucionalização do Direito de Família e o enriquecimento ilícito do cônjuge infiel**. Projeto de Monografia apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2010.

exclusão das outras modalidades de entidades familiares do âmbito do Direito de Família, impondo o seu tratamento no âmbito do Direito das Obrigações, como se, nestes casos, de sociedades de fato se tratasse.¹⁶

Como já se fez referência, no início da década de 1960, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para tangenciar as vedações impostas pelo modelo da família legítima sacralizada na forma matrimonial, encampado pela Constituição de 1946, à atribuição de efeitos jurídicos às uniões informais, cunhou o enunciado nº 380 de suas Súmulas. Por meio dessa fórmula, a vertente mais progressista da jurisprudência e da doutrina buscava compensar essa vedação constitucional de tutela das famílias constituídas sem casamento, oferecendo alguma proteção patrimonial aos indivíduos (usualmente mulheres) abandonados por seus companheiros após anos de vida em comum, equiparando as uniões que mantinham com as sociedades mercantis ou civis irregulares ou de constituição incompleta.¹⁷

Na síntese de Paulo Lôbo acerca das razões da referida evolução jurisprudencial:

A jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social. A principal vítima foi a mulher, estigmatizada como concubina, tendo em vista a cultura patriarcal que impedia ou inibia seu acesso ao mercado de trabalho, o que a deixava sob a dependência econômica do homem, enquanto merecesse seu afeto. A mulher separada de fato ou solteira que se unia a um homem, com impedimento para casar, além do estigma, era relegada ao mundo dos sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando que derivasse de convivência estável e que perdurasse por décadas, normalmente com filhos. Desconsideravam-se não apenas os aspectos existenciais dessa relação familiar, como a criação dos filhos e sua dedicação ao progresso do companheiro, mas os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado, assumindo as responsabilidades familiares e a estabilidade que ele necessitava para desenvolver as suas atividades.¹⁸

Embora não se possa negar a sua importância histórica, na perspectiva de um “uso alternativo do direito positivo” disponível à época, a verdade é que essa fórmula apresentava um inegável defeito de origem, ela degradava verdadeiras relações de afeto, cujo *locus* privilegiado seria o direito de família e as reduzia a seus aspectos

¹⁶ LÔBO, Paulo Luís Neto. **Famílias**, p. 33.

¹⁷ *Idem*, p. 80.

¹⁸ *Idem*, p. 166.

exclusivamente patrimoniais. Uma convivência afetiva de longos anos era tratada como um empreendimento lucrativo, e os companheiros entendidos como sócios.¹⁹

A nova ordem constitucional instaurada em 1988 traz elementos para que se dê prosseguimento ao processo de transformação no Direito de Família, possibilitando que se enfrentem os sustentáculos do paradigma patriarcal da família, e se reinvente todo esse ramo do direito, por meio de sua repersonalização e funcionalização. A família pode ser entendida, a partir de então, como um instrumento que viabiliza a realização existencial de seus membros por meio do livre e responsável desenvolvimento da personalidade de cada um. Alguns chegam a dizer que não há proteção da família em si mesma, nem valor algum em sua tutela independente da felicidade de seus componentes. Já é possível se afirmar inclusive que o poder marital, a desigualdade entre os filhos sob o signo de sua origem legítima ou ilegítima, a exclusividade do matrimônio e o pátrio poder, como elementos do tradicional modelo jurídico de família estão gradativamente fenecendo e perdendo a sua consistência como requisitos estruturantes da família.²⁰

Como bem caracteriza Paulo Lôbo:

A constitucionalização da família apresenta alguns caracteres comuns nas Constituições do Estado Social da segunda metade do século XX: a) neutralização do matrimônio; b) deslocamento do núcleo jurídico da família, do consentimento matrimonial para a proteção pública; c) potencialização da filiação como categoria jurídica e como problema, em detrimento do matrimônio como instituição, dando-se maior atenção ao conflito paterno-filial que ao conjugal; d) consagração da família instrumental no lugar da família-instituição; e) livre desenvolvimento da afetividade e da sexualidade.²¹

Embora o referido autor mencione essa transformação do Direito de Família como aquisição evolutiva no marco do Estado Social, seria preferível inseri-las no contexto do Estado Democrático de Direito. O paradigma do Estado Social, que se caracterizou pela intervenção tutelar do Poder Público no âmbito das relações privadas, com o fito de controlar os poderes econômicos e o despotismo doméstico e promover a justiça social e a solidariedade, em todos os espaços de sociabilidade, representou um importante estágio no processo de afirmação de direitos. Entretanto, a “proteção

¹⁹ *Idem*, p. 80-81.

²⁰ *Idem*, p. 39.

²¹ *Idem*, p. 23.

pública” à qual o autor se refere (no ponto “b”) também pode prestar um desserviço à concretização dos direitos. O Estado Social, ao definir as necessidades e prioridades dos cidadãos, bem como quais seriam os bens materiais ou simbólicos dos quais necessitam, impõe também a forma e os mecanismos jurídicos para alcança-los. A livre produção do direito pelos cidadãos na organização diária de sua coexistência e cooperação não encontra espaço nesse cenário.

Os modelos jurídicos do Estado, inclusive o modelo de vida familiar e de organização do afeto, impõem-se monoliticamente, de ‘cima para baixo’. A forma do casamento, no paradigma do Estado Social, continuou sendo ostensivamente privilegiada, em detrimento das outras entidades familiares às quais se recusava reconhecimento jurídico, a despeito de ter-se procurado, nesse período, a harmonização da convivência familiar, com a gradativa eliminação dos poderes privados na família. Essa obra emancipatória incompleta só pode prosseguir com a retomada do poder jurígeno pelos próprios afetados pela produção normativa, que são os cidadãos, os mais autorizados, e os que se encontram em melhores condições de construir as formas de estruturação do afeto no âmbito familiar.

O que o Direito não pode permitir é a supressão de direitos, a reinvenção de práticas autoritárias de vida familiar, que coisifiquem alguns membros da família em prol da realização de outros, a submissão dos indivíduos aos poderes particulares, a discriminação entre sujeitos de direito no âmbito familiar. Não cabe ao Poder Público, entretanto, ele próprio, discriminar entre as formas de vida que livremente se desenvolvam na sociedade, privilegiando um modelo familiar tradicional e fazendo prevalecer uma ética supostamente majoritária sobre direitos individuais.

2.2. Análise do Precedente Paradigmático do Supremo Tribunal Federal

Neste ponto, iniciaremos a análise da postura jurisprudencial majoritária acerca do tema proposto: a atribuição de efeitos jurídicos de direito de família a uniões afetivas simultâneas ou paralelas. Paulo Lôbo bem sintetiza a resposta predominante dos tribunais sobre a questão no trecho a seguir transcrito:

Até mesmo os tribunais mais atentos à evolução do direito de família negam ao concubinato o *status* de entidade familiar, quando se postula sua equiparação com a união estável para incidência dos mesmos efeitos jurídicos. Consequentemente, para o concubinato, revitalizou-se a Súmula 380 do STF, que parecia ter fenecido, atribuindo ao concubinato, no sentido estrito, a natureza de relação meramente obrigacional, fazendo jus o concubino prejudicado com o fim da relação à partilha dos bens para cuja aquisição tenha concorrido (sociedade de fato), ou, não se provando o esforço comum, a indenização pelos serviços prestados (responsabilidade civil). Retomou-se a discussão, emergente de cada caso, sobre a prova cabal ou a presunção do esforço comum.²²

Como já referido, essa solução que degrada ao campo obrigacional e aos aspectos exclusivamente patrimoniais uma relação indiscutivelmente fundada no afeto, viola a dignidade humana, a vida privada e a intimidade (Art. 5º, X da CF), que são direitos personalíssimos, indisponíveis, intransmissíveis e inegociáveis, porque não são passíveis de avaliação em termos monetários. O fato de um dos componentes de uma relação afetiva ser casado ou já ter constituído uma união de fato anterior não justifica a violação desses direitos. Os valores predominantemente monogâmicos do direito brasileiro não devem prevalecer sobre os direitos dos indivíduos envolvidos nos relacionamentos que de fato se constituem de modo não monogâmico. Impõe-se uma solução legislativa e judicial ao concubinato, que não pode ser tratado simplesmente como relação ilícita.

Tratar o concubinato como relacionamento ilícito e marginalizá-lo foi, precisamente, a postura do STF sobre o tema. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 3.977.628 – BA, relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Melo, julgado no dia 03/06/2008, mas cujo julgamento começou ainda em 2005, não tendo, portanto, ao recurso sido atribuída repercussão geral (Lei nº 11.418/2006), o entendimento firmado pela maioria foi o da absoluta distinção entre união estável e concubinato, especialmente pelo caráter ilícito desta última forma de convivência. Veja-se a ementa:

Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário 3977628 – BA

Relator: Min. Marco Aurélio de Melo

Ementa: COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à União Estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA –

²² *Idem*, p. 183.

DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

Da ementa já é possível extrairmos uma leitura bastante pejorativa da união simultânea, como modalidade de concubinato, na medida em que é entendida como situação ilegítima, repudiada pelo ordenamento jurídico, em face da qual a “família verdadeira” deve ser protegida.

O Código Civil, no entanto, é lacunoso no que se refere à disciplina do concubinato. Embora a previsão do Art. 1727 possa ser interpretada como uma exceção à regra da extensão de *status* familiar a essas uniões de fato e a própria palavra concubinato esteja impregnada de um teor pejorativo, em verdade, a lei civil não traz a disciplina desse modo de convivência, exatamente porque a intenção do legislador era excluí-lo de qualquer disciplina. Dizer que concubinato é diferente de união estável não basta para afastar o reconhecimento daquele como uma forma de estruturação das relações de afeto. É preciso mais do que uma distinção, a linha de raciocínio pressupõe uma hierarquia. A hierarquia por sua vez subentende uma ordem valorativa, segundo a qual o concubinato adulterino deveria ser execrado, porque representaria um desvirtuamento da norma familiar e uma violação dos deveres dos companheiros. Configuraria, em suma, uma união espúria, imoral e, por consequência, ilícita.

Mas essa hierarquia não encontra seu vértice nas uniões de fato legítimas. Em realidade, ela vai terminar na forma suprema de constituição de família: o casamento civil. Da norma constitucional do Art. 226, § 3º da CF, que, em sua parte final, prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, o intérprete da Suprema Corte extraiu não somente uma faculdade, mas um mandamento e um programa. Essa interpretação está calcada na concepção da oficialidade da união matrimonial. Como argutamente aponta Paulo Lôbo:

“Os que defendem a primazia do casamento ou a hierarquização das entidades familiares, especialmente por discordarem da opção do legislador constituinte em retirar a exclusividade anteriormente atribuída a ele, enxergam nesse enunciado a demonstração de que a Constituição pôs a união estável em plano inferior ou a considerou como rito de passagem.”²³

²³ *Idem*, p. 179.

A supremacia do casamento além de tudo imporia um modelo a ser observado pelas outras famílias, inclusive pelas uniões de fato, o que leva à extensão dos requisitos e dos deveres de uma modalidade familiar à outra. É aí que o dever de fidelidade (Art. 1566, I do CC), entendido como monogamia e exclusividade sexual, típico da união conjugal, é estendido à união estável como dever de lealdade (Art. 1724 do CC). E o dever de fidelidade é compreendido como um requisito para a configuração de ambas as formas familiares.

Ora, um dever não é um requisito de constituição de família. Os deveres podem ser violados e a família ainda existir como um centro de estruturação do afeto, embora o descumprimento dos deveres fundamentais de auxílio mútuo, de atenção recíproca e de cuidados com os filhos, certamente influirá na organização da família e poderá levar à sua dissolução.

Acerca da natureza do dever de lealdade, estendido aos companheiros de uma união estável, Paulo Lôbo nos diz que:

Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas de dissolução. Em verdade [...] os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros que não violam a privacidade e a vida privada deles, nem interferem em sua comunhão de vida, são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Estes são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante.²⁴

Mas essa impropriedade conceitual não é, nem de longe, o maior problema da linha de raciocínio adotada. Com a preferência concedida ao casamento e com a imposição do dever de fidelidade e lealdade, diversas uniões de fato, que apresentam os requisitos típicos de entidades familiares (estabilidade, publicidade, durabilidade, afetividade) são deliberadamente atiradas à margem do direito, não recebendo nenhuma proteção e todo o desprezo dos órgãos estatais.

É nesse sentido que o voto do ministro relator, no caso referido, fixa que:

Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento em vigor. **Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior a proteção do casamento. [...] O reconhecimento da união estável pressupõe**

²⁴Idem, p. 175.

possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último.²⁵

Na mesma toada, vai a argumentação do Ministro Ricardo Lewandowski que acompanhou o relator:

[...] A estabilidade só pode ser considerada se houver a possibilidade de, nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional com ela coerente, transformar-se [a união estável] em casamento. [...]
Quer-me parecer que, de uma leitura estrita deste § 3º, temos de entender que esta união estável, esta entidade familiar referida neste dispositivo constitucional é uma espécie de **embrião do futuro casamento**.²⁶

O raciocínio ainda não está completo, no entanto. Falta o elemento valorativo. Se o casamento é a norma da família, a sua forma legítima, é porque viabiliza a afirmação de certos valores que não são devidamente contemplados pela absoluta liberdade de constituição familiar. O principal deles, como já referido, é a monogamia. O império da monogamia é tão abrangente que qualquer união que a desrespeite é considerada, como uma presunção absoluta, instável, precária e conflituosa. Mais ainda, é inadequada, inviável, imoral, desnaturada.

É nesse sentido que, em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia enuncia:

Em primeiro lugar, tenho para mim que o § 3º do artigo 226, ao se referir à união estável, abarca única e exclusivamente, aquela união que pode ser considerada dotada de tal equilíbrio que **a presença de outro núcleo nesse sentido de casamento a instabilizaria.** [...] [Debatendo com o Ministro Ayres Britto] “Mas não há como estabilizar algo que é plural. [...] Não, Ministro, é que a segunda união incestabiliza a primeira; uma segunda união incestabiliza a primeira.”²⁷

Também é esta a manifestação do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em seu voto:

²⁵ BRASIL, STF, **Recurso Extraordinário nº 397762-8 – BA**. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03/06/2008 [grifos nossos].

²⁶ *Idem*, [grifos nossos].

²⁷ *Idem*, [grifos nossos].

É só que a preocupação que existe, pelo menos na minha perspectiva [...] é que a interpretação do § 3º do artigo 226, se não forem levados em consideração esses balizamentos legais com relação à existência do matrimônio, nós poderíamos abrir ensanchas a uma multiplicidade de reconhecimento de uniões que não seriam absolutamente estáveis porque seriam múltiplas.

[...] esse raciocínio pode levar uma pessoa a manter dez relações ao mesmo tempo, com a fragmentação da situação jurídica relativa à união estável.²⁸

Observe-se que a presunção dos julgadores é de que a simultaneidade de relacionamentos afastaria automaticamente a estabilidade, como requisito da configuração de uma estrutura familiar. Mas isso, antes de tudo, como é possível extrair dos próprios votos é um juízo normativo e não um juízo de fato. Não é uma afirmação que pode ser contraditada por exemplos concretos em contrário. “Logo juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela”.²⁹

No caso em questão, os ministros se recusaram a ver como estável uma união paralela ao casamento que durara 30 anos e chegou a gerar sete filhos. Essa recusa de enxergar essas uniões como família e de garantir-lhes a proteção do Estado é eticamente fundada, é uma decisão valorativa que afasta o reconhecimento de direitos subjetivos, mas os votos fazem parecer que ela resulta da experiência comum e da observação dos fatos. Mesmo que assim fosse, a intervenção do Estado na vida privada, não para assegurar direitos, mas para restringir liberdades, sob esse pretexto é absolutamente perniciosa, adquirindo um aspecto paternalista, desconforme ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a avaliação de Lopes:

Mas para além desse fundamento fático, é preciso ressaltar a ilegitimidade do Estado para arbitrar como indigna a escolha moral realizada pelos sujeitos que figuram no processo. Ao aceitarmos nossa comunidade política como uma *associação de princípio*, no sentido de que somente assim seria possível aferir alguma legitimidade – embora ainda não segurança – das decisões judiciais, reconhecemos a necessidade de um tratamento igual acerca das liberdades constitucionais, tendo em vista a própria construção histórica de tais liberdades. Do ponto de vista do direito moderno, o tratamento com igual consideração e respeito garante às instituições jurídicas sua renovação como *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária.³⁰

²⁸ *Idem*, [grifos nossos].

²⁹ BRASIL, STF, ADPF 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011.

³⁰ LOPES, João Gabriel Pimentel. **Juízes, famílias e constitucionalismo: o que está em disputa no STF no debate sobre a possibilidade do reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas?** Manuscrito Acadêmico, Não Publicado.

A discussão em torno do reconhecimento judicial do paralelismo afetivo é uma questão de direitos, porque ela pressupõe uma interpretação, de nível constitucional, acerca do significado dos princípios de igualdade e de liberdade, princípios esses fundantes da comunidade política, para a solução dos casos concretos que alcançam as cortes. Não é uma questão de direito porque propõe uma rediscussão do casamento enquanto instituição jurídica ou uma subsunção das formas de vida familiar em disputa ao sentido do preceito constitucional garantidor da instituição do casamento. Não é esse, entretanto, como se verá, o entendimento do STF.

2.3. As Garantias Institucionais

A Constituição, todavia, nada nos fala sobre a disciplina da união estável ou do casamento, como pouco nos fala sobre a disciplina da propriedade e da herança. É a legislação infraconstitucional que determina o detalhamento e as especificidades do seu regramento. Não obstante, esses institutos são expressamente assegurados pelo texto constitucional. Seriam apenas instrumentos de conformação de direitos subjetivos ou estariam previstos como objetos de proteção diferenciada, adquirindo uma específica relevância normativa?

A interpretação da teoria liberal clássica dos direitos fundamentais, como direitos individuais, realizáveis na relação entre Cidadão e Estado, cujo objetivo precípua seria proteger os sujeitos particulares contra as intervenções de caráter imperativo do Poder Público, como regra, consideradas ilegítimas, uma vez que restringiriam a liberdade geral originária das pessoas, exigindo, portanto, um fundamento legal para justificá-las e, nesse sentido, a sanção popular, viveu o seu apogeu e a sua derrocada, na curta, mas bastante representativa experiência da República de Weimar.

Esta concepção de uma liberdade pré-estatal originária, que somente poderia ser restringida pelo legislador, depositário da soberania popular, para viabilizar a convivência em sociedade, enquanto, por um lado, permitia que os direitos fundamentais funcionassem como garantias subjetivas frente ao Estado, ou mais propriamente, em face do Executivo, por outro, abria caminho para a tirania das

maiorias, já que ainda não se concebia a vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais, que para ele só valiam como proposições programáticas ou eixos orientadores.

Realmente, a ideologia positivista publicista e legalista que acompanhava a visão liberal clássica do Estado trazia em seu bojo o enorme risco de uma tirania parlamentar das maiorias às quais estava disponível o mecanismo irrefreável da lei, criador originário de direito e que não encontrava barreiras materiais na Constituição, nem mesmo nos direitos fundamentais que somente demandavam fundamento legal para sua restrição.

Já nesse período weimariano, uma corrente minoritária, emergindo do movimento de revitalização da Teoria da Constituição, passou a rediscutir com radicalidade o tema dos direitos fundamentais, abrindo caminhos para que, posteriormente, se vislumbrasse a possibilidade de vinculação do próprio legislador ao conteúdo desses direitos, que não poderiam ser conformados *ab ovo* por disposições infraconstitucionais. Começou-se a conceber o conjunto dos direitos fundamentais como a cristalização de uma ordem de valores ou como o reflexo de um sistema cultural cunhando por um povo e do qual todo o ordenamento jurídico receberia a sua legitimação. A partir daí se inicia uma longa jornada de descoberta do que a dogmática alemã do pós-guerra viria a batizar de “caráter objetivo de valor dos direitos fundamentais”.

No limite, a atribuição de um caráter objetivo de valor aos direitos fundamentais leva a uma duplicação de sua estrutura: ao lado dos direitos fundamentais tradicionalmente concebidos como direitos subjetivos frente ao poder público, aparecem os direitos fundamentais como normas objetivas que expressam um conteúdo valorativo de vigência geral e um correspondente sistema de valores. Expressando essa realidade no contexto atual da dogmática alemã, Böckenförde resume:

La concepción actual de los derechos fundamentales se caracteriza por una doble cualificación de tales derechos. Los derechos fundamentales se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales, y, por otro – y al mismo tiempo –, como normas objetivas de principio (objektive

Grundsatznormen) y decisiones axiológicas (Wertentscheidungen) que tienen validez para todos los ámbitos del derecho.³¹

O caminho para essa configuração contemporânea da natureza dos direitos, na teoria geral dos direitos fundamentais na Alemanha e nos países que se apropriaram de suas formulações conceituais (como Portugal, Espanha e o Brasil), foi cheio de percalços e muito contribuiu para o seu desenrolar a experiência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Essa história, entretanto, não interessa para os fins dessa pesquisa. Interessa, na realidade, analisar, mais detidamente, um conceito, em alguma medida já descreditado e envelhecido, mas que muito contribuiu para essas transformações e que se considera bastante pertinente para que se compreenda o real sentido da Jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o tema escolhido. É o conceito de garantia institucional.

Antes disso, porém, seria útil tecer alguns comentários genéricos sobre o significado atual da teoria institucional dos direitos fundamentais. Nos termos dessa teoria, os direitos fundamentais são entendidos como “princípios objetivos de ordenação para os âmbitos vitais por eles protegidos”, em vez de simples instrumentos de defesa de um espaço de liberdade individual. O que isso quer significar, de maneira mais clara, é que desaparece, com essa teoria, do universo jurídico, a antiga liberdade originária e incondicionada da doutrina liberal e se lhe substitui por uma liberdade ‘objetivada’, ou seja, funcionalizada, dirigida normativamente à realização de determinados interesses que são tratados como ‘dados objetivos, ideias ordenadoras’.³²

Os direitos fundamentais configurados institucionalmente devem a sua existência ao cumprimento de uma função de ordenação, portanto, uma função comunitária e social antes de subjetiva ou individual, na medida em que assumem circunstâncias vitais presentes na sociedade, as incorporando para lhes conferir relevância normativa, assegurando a preservação de seus elementos básicos, o que permitiria a estabilização da vida em sociedade.

Um exemplo simples: o direito de herança como se encontra configurado na sociedade atual, caso seja lido pela teoria institucional, não seria garantido em virtude das pretensões particulares que poderia fundamentar, mas porque corresponderia a um

³¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 95.

³² *Idem*, p. 53.

instituto tradicional, cuja eficácia para a ordenação das relações jurídicas de transmissão de bens *causa mortis* já foi bastante experimentada, o que justificaria a sua preservação como forma típica de ordenação de interesses, preservando-se a segurança jurídica e a estabilidade social.

Bastante próxima da teoria institucional, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, também os compreende como normas objetivas mais do que como pretensões subjetivas. O conteúdo objetivo (e aqui se quer referir ao conteúdo com pretensão de validade geral, em todo o ordenamento) dos direitos fundamentais, no entanto, nesse caso, não viria da praticidade de manter um instituto juridicamente preexistente, como forma cristalizada, mas corresponderia a uma expressão das decisões axiológicas fundamentais da comunidade estatal, ou seja, seria uma emanção da ordem de valores que a sociedade adotou para si mesma e por meio da qual constrói a sua identidade. A liberdade liberal aqui também não encontra lugar sendo trocada por uma ‘liberdade’ de realizar os valores expressados pelos direitos fundamentais, de maneira que não seria anterior à totalidade da comunidade entendida axiologicamente, mas estaria irremediavelmente restrita a ela.³³

Essa teoria expõe os direitos fundamentais à intervenção da correspondente consciência valorativa social dominante em um dado momento. A correnteza de juízos de valor e as concepções valorativas majoritárias de cada época definem o verdadeiro sentido dos direitos fundamentais, cuja tutela somente se justificaria na medida em que viabilizasse a realização destes valores.

Voltando ao exemplo da herança, a sua proteção seria devida à função valorativa que ela cumpriria (e.g. manutenção da riqueza da família, perpetuação da vontade do titular do patrimônio etc.).

A leitura institucional e a axiológica dos direitos fundamentais, usualmente, estão associadas, sendo bastante difícil distingui-las na prática constitucional e na doutrina sobre os direitos.

Antes mesmo que se visualizasse um perfil objetivo dos direitos fundamentais, o que daria origem à teoria institucional e à axiológica na doutrina publicista alemã do pós-guerra, alguns autores passaram a defender, ainda no contexto da República de Weimar, que a Constituição garantiria, de maneira independente dos direitos previstos,

³³ *Idem*, p. 57-58.

certas formas jurídicas ou institutos, preservados de maneira que fossem identificáveis com a imagem que a consciência social tivesse deles, em cada momento e lugar. A Constituição preservaria a imagem social que cada momento histórico teria de uma instituição.

A primeira formulação dessa concepção de um instituto garantido constitucionalmente se deve a Martin Wolff, nos idos de 1924. Este autor, preocupado com a influência política exercida por partidos de ideário socialista no parlamento alemão, procurou defender que o Art. 153 da Constituição de Weimar, que garantia a propriedade, teria descartado a abolição desse instituto ou qualquer alteração substancial de seu conteúdo, por via legislativa, a favor das doutrinas socialistas. As garantias institucionais surgiam então com uma clara finalidade política: limitar ao legislador.³⁴

Essa formulação alcançou a sua maior expressão no pensamento de Carl Schmitt, especialmente em sua *“Teoria da Constituição”* de 1928. Consolidava-se o problemático conceito das garantias institucionais, para contemplar esse tipo de norma constitucional de perfil institucional, que não assegurava direitos diretamente (algumas nem mesmo tinham a menor conexão com direitos subjetivos) e cujo detalhamento normativo, de ordinário, não era trazido pela própria Constituição, mas sim conformado, respeitando-se a tradição jurídica e o conteúdo histórico dos institutos, pela lei ordinária.

Entenda-se, neste ponto, que enquanto a doutrina dominante, naquele período, simplesmente entregava os direitos fundamentais ao legislador (direitos fundamentais no marco das leis ordinárias), alguns autores como Schmitt passaram a postular que certos aspectos legados pela tradição do conteúdo de alguns institutos não poderiam ser tocados pelo legislador ordinário, cuja competência para definir em detalhes o regramento dos ditos institutos deixara de ser ilimitada a partir de sua consagração constitucional.³⁵

Para Schmitt, além do elemento político, da definição da forma do exercício do poder, as constituições limitadas ou burguesas, surgidas a partir da Revolução Francesa, incorporariam ainda um elemento não político, do Estado de Direito. Um Estado Constitucional, para merecer essa denominação, deveria assegurar a primazia de certos

³⁴ ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)**, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 16.

³⁵ *Idem*, p. 16.

preceitos constitucionais em face do legislador soberano. As instituições constitucionalmente previstas estariam dentre esses preceitos.³⁶

Segundo Paulo Bonavides:

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.³⁷

As garantias institucionais, muitas vezes são confundidas com o que a dogmática alemã chama de direitos de “âmbito de proteção normativo” ou de “âmbito de proteção marcado pelo direito”. Em casos como esses, a doutrina informa que, embora ao legislador ordinário seja atribuída uma maior esfera de discricionariedade na conformação concreta desses direitos, não teria ele competência para impor, ilimitadamente e ao arrepio da tradição, restrições e reservas à extensão e ao conteúdo desses direitos.³⁸

Na lição de PIEROTH e SCHILINK:

Em relação aos direitos fundamentais com âmbitos de proteção marcados pelo direito, de que fazem parte especialmente os que também asseguram garantias de instituição surge sempre o *problema* seguinte: por um lado, têm em vista a conformação, por outro, devem ser anteriores ao Estado e obrigá-lo. O fato de o legislador ter de conformar um direito fundamental não pode significar que ele possa dispor do direito fundamental. Tem de se impor, pois, ao legislador um limite, para além do qual ele já não *conforma* o âmbito de proteção, mas interfere nele e lhe impõe limites. Dado que foi a história que constituiu juridicamente a sociabilidade natural do homem, é sobretudo essa história que oferece o critério para o limite procurado. Em princípio, uma regulação que *quebre com a tradição* não é conformação do âmbito de proteção.

Exemplos: A reforma do divórcio, que substituiu o princípio da culpa pelo princípio da ruptura das relações conjugais, ateve-se à tradição do casamento monogâmico, fundado no comum acordo e em princípio para toda a vida, e deu-lhe apenas uma nova conformação. Constituiria ingerência um direito matrimonial que permitisse que todos os casamentos acabassem ao fim de cinco anos e exigisse para a sua continuação uma nova celebração. Do conceito de propriedade faz parte, tradicionalmente, a característica de utilidade privada. Se esta for limitada de diversas maneiras, isto ainda é,

³⁶ *Idem*, p. 17.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2010, 25ª edição, p. 542.

³⁸ GONET BRANCO, Paulo Gustavo; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio e MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 4º Ed. Rev. E Atual, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 328.

plenamente, conformação ou, como formula o art. 14º, n. 1, frase 2, determinação de conteúdo, porque tem igualmente um suporte tradicional. No entanto, se alguém fosse impedido de dispor livremente da sua propriedade e de usufruir livremente dela e se ficasse apenas o direito nu, isso já não seria uma conformação ou determinação de conteúdo, mas uma ingerência.³⁹

Observe-se que a doutrina alemã contemporânea tem dificuldades de separar a teoria institucional dos direitos fundamentais da teoria das garantias institucionais, confundindo as garantias institucionais com o componente objetivo dos direitos. A teoria das garantias institucionais, como já referido, deu origem à teoria institucional dos direitos fundamentais, entretanto, com ela não se confunde. Em verdade, uma das primeiras coisas que a teoria alemã dos direitos fundamentais, no período weimariano, destacou foi que haveria instituições garantidas pela Constituição que, a despeito de se poder ter uma primeira impressão equivocada a seu respeito, não teriam, em absoluto, qualquer relação com direitos, cabendo ao legislador a obrigação de respeitar os traços fundamentais dessas instituições ou organizações, na hora de regulamentá-las.

Ademais, na concepção originária das garantias institucionais mantida, por exemplo, por Schmitt os direitos subjetivos de liberdade (liberdade de imprensa, de pensamento, de associação etc.) nunca teriam o caráter de garantias institucionais. Para que se visualizasse uma instituição garantida constitucionalmente, seria preciso estar diante de uma situação de fato, e de uma organização normativa, herdada do passado e, por isso, “encontrada” com seus elementos essenciais já dados pelo ordenamento, como ocorreria com a família e o conceito burguês de propriedade.⁴⁰

As instituições garantidas constitucionalmente, no entanto, muitas vezes se sobreporiam aos direitos, de fundo constitucional, e foi precisamente isto que levou à extensão da teoria institucional aos direitos fundamentais. Buscando iluminar essa indistinção conceitual, Anabitarte ensina que:

Tampoco tiene una directa relación con la teoría institucional de los derechos fundamentales la teoría de la “garantía institucional”, tal como se formuló originariamente y sigue manteniéndose en un sector predominante de la doctrina alemana. La garantía institucional hace referencia en unos casos, a instituciones recogidas en la Constitución y por ello garantizadas

³⁹ PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, **Direitos Fundamentais – Direito Estadual II**, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 119.

⁴⁰ ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)**, p. 79.

constitucionalmente, y en otros, se aplica a determinados y precisos derechos fundamentales (propiedad, matrimonio, libertades, escuelas privadas etc.) para subrayar que no solamente estamos ante un derecho público subjetivo, sino ante una realidad social y complejo normativo formado, que el intérprete encuentra, cuya permanencia garantiza la Constitución, frente al legislador.⁴¹

Vê-se que esse conceito, de garantia institucional, pressupunha uma visão da Constituição como garantidora não somente de direitos subjetivos ou de mecanismos de proteção desses direitos, mas de valores e de tradições caros a uma determinada sociedade e de formas jurídicas preexistentes, úteis para o cumprimento de determinadas funções e para a satisfação de determinados interesses. Essa distinção entre direitos subjetivos e garantias institucionais é relevante, em ordenamentos constitucionais como o espanhol e o português que concedem um tratamento privilegiado aos direitos, no sentido de assegurar a sua permanência e prever recursos eficazes para sua proteção. Como explica Anabitarte, referindo-se ao ordenamento espanhol:

[...] en mi opinión, tanto la doctrina como el Derecho Positivo reflejado en las Constituciones, obliga a afirmar que una cosa son derechos fundamentales, que son siempre derechos públicos subjetivos – con un contenido más o menos jurídico objetivo por encima del subjetivo – y otra cosa son instituciones jurídico privadas o públicas que están garantizadas en la Constitución, pero que no son derechos subjetivos en absoluto. Este dato tiene en nuestro derecho positivo unas consecuencias jurídicas evidentes: en el caso de las instituciones garantizadas constitucionalmente ni hay recurso de amparo, ni su desarrollo es por ley orgánica, ni el legislador tiene un límite constitucional expreso en el contenido esencial como ocurre con los derechos y libertades, aunque se hagan argumentaciones analógicas [...]⁴²

Já no que se refere ao sistema jurídico português, afirma Canotilho que: “sob o ponto de vista da proteção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjetivas autônomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias [subjetivas].”⁴³

Como já referido, as garantias institucionais representaram, na história do pensamento constitucional, uma das primeiras tentativas de superação da concepção positivista de supremacia do Legislativo e de vinculação da lei ao conteúdo material da

⁴¹ *Idem*, p. 34.

⁴² *Idem*, p. 55.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª edição, Coimbra, 1991, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 545.

Constituição e não apenas à sua face procedimental e de distribuição de competências. Com este conceito, Schmitt buscou defender que era vedada ao legislador a intervenção que desnaturalizasse determinados institutos e instituições clássicas do direito nacional, a ponto de torna-los irreconhecíveis, inviabilizando a função ordenadora que tradicionalmente cumpriram, ou impedindo a tutela dos valores por eles corporificados. Entenda-se que, embora as instituições garantidas sejam compreendidas como elementos arquiteturais indispensáveis da ordem constitucional, a sua configuração institucional concreta é deixada ao legislador ordinário, ao qual não se fixaria maior limite que o do núcleo essencial, ou reduto imodificável, garantido na Constituição.

A consequência disso é que à garantia institucional não se asseguraria um conteúdo concreto ou um âmbito normativo fixado e determinado em caráter definitivo, senão se garantiria a preservação de uma instituição em termos compatíveis com a imagem que a mesma tenha na consciência social em cada tempo e lugar.⁴⁴

Sobre a garantia institucional, Pastor Santamaría nos diz que:

[...] se trata, pues, de una técnica de protección, frente al legislador y los restantes poderes públicos, de aquellas instituciones de cuya regulación en el texto fundamental puede deducirse que desempeñan un papel estructurante básico en la conformación y desarrollo del orden institucional; una técnica de protección que actúa no solo frente a los intentos de supresión, sino también frente a cualquier tipo de acciones públicas que desvirtúen o desnaturalicen su núcleo esencial.⁴⁵

A teoria das garantias institucionais abriu caminho para o que parecia ser uma justificação da proteção constitucional, dos direitos, mais adequada do que aquela que era oferecida pela tradição liberal.

Em um contexto comunitário, no qual começavam a emergir as preocupações sociais no âmbito da Constituição, como legitimar a proteção que a Carta Magna proporcionava a certos direitos subjetivos, à propriedade e à herança, por exemplo? Estando em decadência a explicação jusnaturalista da preexistência dos direitos ao ordenamento estatal, explicação que se enfraquecera precisamente pelo movimento de positivação desses direitos, que ela mesma inspirara, como evitar que os direitos

⁴⁴ ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)**, p. 145.

⁴⁵ SANTAMARÍA, Pastor, J. A.: **Fundamentos de derecho administrativo**, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

subjetivos adquirissem o caráter de odiosos privilégios? Um caminho era funcionalizá-los ou desvelar o seu caráter institucional, de elementos gerais ordenadores da convivência social, à maneira do que vinha acontecendo com as garantias institucionais.

A esse respeito, Márcio Iório nos explica:

[...] Justamente por se especificarem frente aos direitos individuais clássicos do *status negativus*, as garantias institucionais dão um colorido novo às salvaguardas constitucionais de certos *status*, utilizando-se a terminologia de Schmitt. Aqueles direitos deixam de ser considerados como pretensões individuais de titulares pontualmente isolados, no que não haveria como deixar de ver um privilégio constitucional, e passam a integrar a proteção objetiva de institutos cristalizados em plexos normativos constitucionais. A especificidade de tratamento justifica-se, portanto, enquanto represente o interesse público de proteção institucional, e nunca o interesse de momento de uma determinada maioria parlamentar.

A garantia institucional adquire, assim, uma função conformadora dos direitos fundamentais, na medida em que transparece o *contexto* e, com isso, as *fronteiras* objetivas em que ditos direitos são envolvidos em determinado momento histórico.⁴⁶

Entretanto, ao emergir desse cenário de tentativa de superação do paradigma do Estado Liberal clássico, a crítica de Schmitt, profundamente radical, acabou por inverter os polos da antinomia público e privado, em vez de buscar reequilibrá-los, concebendo a esfera individual de liberdade como originariamente conformada por uma visão do bem comum, ou do interesse público.

O problema se agrava quando, com a emergência do Estado Social, essa visão do bem comum passa a ser delimitada por uma burocracia tecnocrata judicial ou administrativa, infensa ao controle dos cidadãos. Em verdade, os cidadãos, no modelo do Estado Social de Direito, reduziam-se a meros clientes destinatários dos serviços e dos bens fornecidos pelo aparelho estatal, que definia, em nome de todos, quais as necessidades a serem atendidas e concentrava, em si mesmo, todo o sentido do público.

Antecipando a ideologia do Estado Social, a teoria constitucional das garantias institucionais, que surgiu com a intenção de produzir exatamente o efeito contrário, ao longo do tempo, passou a representar um risco para a preeminência dos direitos individuais. Essa concepção ensejava a atuação paternalista do Poder Público na manutenção e na proteção de uma ordem de valores, de uma moralidade pública, de

⁴⁶ ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2000 (2ª edição), 181-182.

uma tradição ética, ou de determinados fins, como estes eram entendidos pelo Judiciário e pela doutrina majoritária, bem como de uma herança conceitual, que em muitas ocasiões conflitava com liberdades individuais concretas.

Este problema se agravava quando se pressupunha a anterioridade das instituições à própria Constituição, compreendendo-se por isso a sua preexistência e caráter ilimitado, concepção que não foi nem mesmo defendida por Schmitt, como percebemos a partir da seguinte passagem:

La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta “universalidad del círculo de actuación”.⁴⁷

Apesar de não ser endossada pelo próprio criador da teoria das garantias institucionais, a visão extremada da sua preexistência e da sua prevalência sobre a própria Constituição e sobre os direitos por ela assegurados, que não faz sentido lógico, uma vez que é a própria Constituição que confere um *status* relevante no ordenamento jurídico aos institutos garantidos, tornou-se um desvio bastante comum e de graves consequências. A exacerbação do perfil institucional da Constituição, assim como a liberdade sem limites da leitura liberal clássica dos direitos são visões parciais e enviesadas de uma mesma realidade. Ambas acarretam perigosas distorções de entendimento e produzem um grave desequilíbrio na teoria dos direitos.

Como explica Bonavides:

[...] Na problemática da garantia institucional, toda resposta afirmativa da anterioridade da instituição, se não for mantida uma certa cautela, poderá eventualmente conduzir a uma distorção de entendimento, que favoreça a supremacia abusiva do Estado e sacrifique a preeminência dos direitos fundamentais.

Em verdade, o mesmo que aconteceu outrora com a teoria dos direitos fundamentais cuja prevalência ilimitada ocasionou graves danos à introdução dos direitos sociais, ao mesmo tempo que retardou o advento do primado dos interesses da sociedade sobre os do indivíduo, poderá também ocorrer, por

⁴⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Edición preparada y traducida por Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, 1982, p. 186, Apud RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo, **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la constitución española**, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 180.

outro lado, se os poderes estabelecidos proclamarem, em termos de valores absolutos, a supremacia das instituições, eventualmente legitimadoras da razão de Estado. Aqui a vítima, ao contrário, não seria a sociedade, mas o cidadão e suas liberdades.⁴⁸

Até mesmo Schmitt, como corolário de sua paixão pelo homogêneo e pelo nacional, deu demasiado relevo ao aspecto objetivo dos direitos, desvalorizando o espaço de proteção privada dos indivíduos, o que levou, ao fim e ao cabo, à destituição de qualquer caráter limitativo às suas garantias institucionais, permitindo que assumissem qualquer conteúdo, inclusive o de tradições excludentes e arbitrárias.⁴⁹

2.4. O Casamento como Garantia do Instituto na Jurisprudência do STF

Chamam-se de garantias do instituto às garantias institucionais nas quais o objeto de proteção se originaria dos clássicos institutos de direito privado, assim entendidos a propriedade, a família, a regras de sucessão etc. Embora mantivessem a sua origem relacionada aos institutos civilistas tradicionais, elas se deslocariam, enquanto núcleos de sentido concreto, historicamente definidos, para dentro do ordenamento jurídico, destacando-se da autorregulamentação feita pelos particulares e tornando-se objetivas. Segundo essa concepção, seriam contrárias à Constituição normas editadas pelos poderes públicos ou pactuadas pelos agentes privados que se afastassem, radicalmente, da conformação tradicionalmente dada, pelo direito, a esses institutos, ofendendo o que a doutrina entendia como componente do seu “núcleo essencial” ou os seus requisitos característicos, o que levaria a sua desnaturação ou ao esvaziamento de seu “sentido objetivo”.⁵⁰

Ora, a teoria constitucional das garantias institucionais em sua primeira versão, como já referido, pretendendo ampliar o horizonte de proteção e de garantia encampado pelo Direito Constitucional, que no paradigma do Estado Liberal, apenas se restringia à guarda de liberdades individuais, acaba por “cristalizar” as fronteiras dos direitos, amarrando-os a certos valores, materializados em institutos, supostamente objetivos e representativos do contexto em que estariam inseridos.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 538.

⁴⁹ ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**, p. 180.

⁵⁰ BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p. 544 e ss.

Aplicando-a ao caso em questão, por exemplo, aconteceria que o direito de optar pela forma de estruturação do afeto, ou seja, a liberdade afetiva seria restringida pela concepção da monogamia, da exclusividade sexual, como componente do núcleo essencial da família, como garantia institucional. E o casamento, nesse contexto, seria entendido como forma suprema, purificada dessa garantia institucional.

É esse o entendimento da família, como garantia institucional, que pulula pelo Judiciário brasileiro, impossibilitando o reconhecimento das uniões estáveis simultâneas ou paralelas, como entidades familiares.

No julgamento paradigma do STF sobre a matéria, já referido, em que era disputada a pensão previdenciária de um homem que manteve uma união de fato paralela ao matrimônio, encontram-se os seguintes posicionamentos:

[Trecho do voto do Ministro Menezes Direito] Mas, pelo menos na minha compreensão, sob nenhum ângulo é possível configurar a existência de uma união estável ao lado da existência de um matrimônio em curso. Por quê? **Porque essa existência concomitante é absolutamente vedada pelo direito positivo brasileiro. O que se está interpretando é a constituição nos termos em que ela determinou que o direito positivo assim o fizesse. E o direito positivo, seguindo o próprio comando constitucional, determinou os balizamentos pelos quais seria possível haver o reconhecimento da união estável.** E, certamente, um desses balizamentos não foi obedecido, que é a ausência de impedimento para a realização de casamento, no caso, a manutenção do casamento contraído, sem a existência da separação de fato.

[Trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio] “[...] quando ele [o constituinte] determinou que essa proteção constitucional a essa entidade familiar, união estável, fosse dada no campo do direito de família, evidentemente, que **ele quis sublinhar que se aplicavam os princípios do direito positivo infraconstitucional para disciplinar a matéria relativa a essa nova entidade familiar;** [...] se isso é assim, [...] nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar união estável a uma situação de fato convivendo com uma união matrimonial reconhecida e mantida.”

[Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski] “[...] mas sem abrir mão nunca de saber que **aqui temos de racionalizar até em benefício do equilíbrio de todas as instituições, uma das quais, o casamento.**”⁵¹

Fica claro que a compreensão, não necessariamente refletida, dos Ministros que formaram a maioria no referido julgamento é de que o casamento, manifestação mais completa da garantia institucional da família, pressupõe a monogamia, como valor fundante, e que não há família que possa escapar a esse paradigma.

⁵¹ BRASIL, STF, **Recurso Extraordinário nº 397.762-8 – BA**, [grifos nossos].

Sabe-se que a aplicação das normas, inclusive quando se está em face do mais singelo preceito legislativo, pressupõe uma atitude metodológica do aplicador do direito. Essa atitude, no entanto, é usualmente inconsciente. Por isso, o valor da análise da argumentação jurídica é trazer à consciência o que está, no geral, oculto e soterrado para ajudar a uma melhor aplicação do direito.

Nesse sentido de crítica à argumentação judicial empregada no caso em comento, aqui caberia observar que esse é um típico precedente em que se manifesta a tendência, recente no STF, de abstrativização do controle incidental de constitucionalidade das leis. De fato, os ministros, no caso analisado, em vez de realizar o efetivo controle concreto, lidando, especificamente, com as peculiaridades da questão efetivamente analisada, em sua maioria, procuraram equacioná-la a partir de uma *ratio decidendi* abstrata, fazendo vista grossa às diferentes pretensões em tornos de direitos fundamentais que estavam realmente em disputa.

Ao se afastar da discussão da real questão constitucional em disputa, uma questão de igualdade, entre as formas de vida familiar livremente eleitas, pelos indivíduos, o Supremo Tribunal Federal, pretendendo atuar de forma simplista o direito positivo ao caso concreto, por meio de uma argumentação lógico-formal, que mal disfarça a sua base axiológica, acaba servindo no sentido de eleger e de produzir autoritativamente um consenso ético fundamental para toda a comunidade política, tornando-se um autêntico superego ou guardião republicano, responsável por policiar as escolhas morais dos sujeitos concretos.⁵²

2.5. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça

Essa é também a postura assumida pelo Superior Tribunal de Justiça em três julgamentos exemplares, o Resp. n.º 789.293/RJ, o Resp. n.º 1.107.192 e o Resp. n.º 1.157.273. Os três são bastante interessantes, pois tratam de paralelismo de duas uniões de fato, onde uma delas é reconhecida como união estável e a outra é reduzida ao *status* de concubinato (entendido como união ilegítima nos termos da Jurisprudência do STF).

⁵² LOPES, João Gabriel Pimentel. **Juízes, famílias e constitucionalismo: o que está em disputa no STF no debate sobre a possibilidade do reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas?** Manuscrito acadêmico, Não Publicado.

Não se está em face, nesses casos, de nenhuma “união oficial”, formalizada pelo casamento, mas o modelo deste último é estendido à união estável pela maneira como é visualizada a sua disciplina no Código Civil e pela interpretação constitucional.

Mais uma vez, o espectro do casamento ronda as famílias que a vida naturalmente constituiu. As uniões que foram consideradas constituídas em segundo lugar, ou seja, em momento posterior ao primeiro núcleo afetivo, são reduzidas a pleitear o reconhecimento de uma sociedade de fato, para se beneficiarem, ao menos em parte, do patrimônio comum que ajudaram a formar.

Nessa toada, no Resp. 789.293/RJ, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito conduziu o julgamento unânime da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que:

Quem convive simultaneamente com duas mulheres não tem relacionamento putativo para fins de união estável, pela só razão de que ou bem uma delas é de fato companheira e a outra o relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma delas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável. [...] Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não enxergo possível admitir a prova de múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, *‘convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família’*. O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes.⁵³

No acórdão, que de resto é bastante enxuto, não se consegue extrair a razão de ser considerada absurda a situação de simultaneidade familiar. Não é tão óbvia quanto parece a impossibilidade visualizada pelo eminente relator, como se não houvesse outra resposta coerente com a natureza das coisas. Não há outra explicação para esse entendimento, além da arbitrária projeção dos preceitos éticos do julgador sobre a situação concreta de vida, impondo uma norma ética pessoal com o emprego do discurso do direito, violando o espaço de uma liberdade de opção individual.

Comentando este mesmo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Fernanda Xavier diz que:

⁵³ BRASIL, STJ, Resp. nº. 789.293/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, d.j. 20/03/2006.

O relacionamento monogâmico é da essência de nossa sociedade, punindo-se no caso de matrimônios, como crime a bigamia (Art. 235, do Código Penal) e não se reconhecendo uniões estáveis simultâneas, nem mesmo de forma putativa, conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento unânime do Resp. 789.293/RJ, em 16.02.2006, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Implícita, portanto é a fidelidade de que cada um dos companheiros deve ao outro, inexistindo união estável se qualquer um deles é parte em um casamento (sem que haja separação de fato ou judicial) ou em outra união estável, pois, nessas hipóteses, não se pode falar em intenção de constituir família, nem em estabilidade do relacionamento e muito menos em real comunhão de vida.

Como ressalta Antônio Carlos Mathias Coltro (1996), **a união estável é integrada pela moralidade que deve ser observada tanto quanto no casamento, repudiando-se as uniões múltiplas e simultâneas**, às quais, quando muito, se reconhecerá o direito de partilhar eventual patrimônio adquirido, não com base no direito de família, mas em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa e desde que tenha havido comprovado esforço comum econômico para sua aquisição.⁵⁴

A justificativa axiológica dessa postura judicial não poderia ter sido posta de maneira mais explícita: as uniões estáveis concomitantes não devem existir, porque essa entidade familiar é, inevitavelmente, integrada pela moralidade do casamento. O que é o mesmo que dizer que só existiria uma maneira moralmente correta de construir família: aquela privilegiada pelo ordenamento jurídico, expressada na forma constitucionalmente assegurada do casamento. Não haveria como se configurar a comunhão de vida entre os companheiros ou como se enxergar o propósito comum de constituição de família, pois estes elementos da união estável pressuporiam, necessariamente, a fidelidade, como sinônimo de exclusividade monogâmica. Aqui, mais uma vez se insiste, não estão, a doutrina e a jurisprudência, se fundamentando em constatações fáticas da experiência comum, mas trabalham antes no plano do *dever ser* atribuindo vigência normativa a um valor de base religiosa e tradicional, com forte apelo majoritário.

É nesse mesmo sentido que a Ministra Nancy Andrighi, relatora para o acórdão no Resp. 1.107.192 resume:

⁵⁴ XAVIER, Fernanda Dias. **União Estável e Casamento: A Impossibilidade de Equiparação à Luz dos Princípios da Igualdade e da Liberdade**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em direito, Brasília, 2009, p. 97-98 [grifos nossos].

[...] Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, **bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.**⁵⁵

Observe-se que os ministros do Superior Tribunal de Justiça parecem conceber a monogamia como um princípio jurídico do mesmo nível dos princípios de fundo constitucional, também citados no trecho transcrito (liberdade, dignidade, igualdade etc.). Não é possível se compreenderem os fundamentos dessa interpretação até que se perceba que esse entendimento pressupõe, na esteira do paradigma do STF, a compreensão do casamento como forma eminente da garantia do instituto da família. Apenas assim, a monogamia, um valor que tem sede infraconstitucional, poderia ser alçada à mesma estatura de direitos fundamentais.

A problemática conceitual e doutrinária não se esgota nisso, entretanto. A linguagem do acórdão mencionado reflete uma profunda e irremediável confusão entre princípios e valores, portanto, uma indistinção entre questões morais, de justiça, e questões ético-políticas de reconhecimento identitário. Na realidade, não há outra maneira de situar a inusitada expressão “princípio da eticidade” empregada pela relatora.

Sabe-se que os discursos jurídicos se valem dos mais variados argumentos, pragmáticos, éticos ou morais, quando os agentes que o articulam estão no âmbito de criação e reprodução normativa, ou seja, no momento da normogênese. Tendo ocorrido a produção das normas, entretanto, esses argumentos “passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos jurídicos, com seu código binário de validade [lícito/ilícito]”.⁵⁶

As normas jurídicas ou são válidas ou inválidas, por outro lado, os valores, que não são normas, mas parâmetros de estimação de projetos de vida, estão constantemente disputando entre si a primazia, em cada situação concreta de afirmação

⁵⁵ BRASIL, STJ, Resp. nº 1.107.192, Relator Ministro Massami Uyeda, d. j. 20/04/2010 [grifos nossos].

⁵⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 103.

de identidades individuais ou coletivas, ou ainda, em cada contexto de decisão política.
57

Na realidade os *argumentos de princípio* e os *argumentos de política* são fundamentalmente distintos, na medida em que estes se vinculam a apelos finalísticos e utilitaristas dirigidos à realização do bem comum, enquanto aqueles remetem ao conteúdo moral (embora traduzido para o código especificamente jurídico) dos direitos fundamentais, entendidos como *barreira de fogo (firewall)* contra as ingerências da maioria política e como garantias individuais. Assim, embora o direito moderno seja um produto diferenciado da moral, os princípios do Estado de Direito e o sistema de direitos dela se aproximam em virtude de sua pretensão à universalidade.⁵⁸

Direitos entendidos como *interesses* estão sujeitos a serem sacrificados de acordo com o seu grau de relevância no jogo político majoritário e princípios confundidos com políticas e valores perdem a sua eficácia imediata e se reduzem a normas de aplicação gradual.

E a moral se distingue da ética, em uma linguagem habermasiana, na medida em que se pergunta “*qual a regulamentação mais adequada ao interesse equânime de todos os atingidos*”, enquanto esta última se preocupa com “*as alternativas de ação a partir da perspectiva de indivíduos ou de coletividades que querem se assegurar de sua identidade*” ou com a questão de como levar uma “*vida boa*”. A ética, nesse sentido, teria sempre um fundo comunitário ainda que plural e a moral um alcance geral.⁵⁹

Obviamente, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais não são encontráveis em um plano abstrato, separados de condições políticas específicas e, portanto, de comunidades éticas concretas, de maneira que estas não são impedidas de deixar o seu traço particularizante em cada ordenamento jurídico. Mas a consciência dessa inevitável impregnação ética de uma comunidade jurídica não retira a importância da insistência no caráter universalista e incondicionado dos direitos fundamentais que devem ter constantemente reconhecida a sua precedência sobre os argumentos de ordem

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo, Loyola, 2002, p. 356.

⁵⁸ *Idem*, p. 264.

⁵⁹ *Idem*, p. 303.

ética e política e, dessa maneira, sobre a invocação valorativa, no contexto da aplicação normativa.⁶⁰

Conforme nos explica o próprio Habermas:

Pois a teoria dos direitos não proíbe de maneira alguma que os cidadãos do Estado Democrático de Direito, no âmbito de sua ordem estatal conjunta, validem uma concepção do que seja bom, advenha ela da própria origem cultural, ou de um consenso alcançado em discursos de natureza política; entretanto essa mesma teoria proíbe sim, no interior do Estado, que se privilegie uma forma de vida em detrimento da outra.⁶¹

O Estado, nesse sentido, deve ser neutro em face das diferentes concepções próprias do que seja o bem, validando a todas que não sejam radicalmente incompatíveis com os direitos fundamentais e com o projeto democrático (as formas de vida totalitárias), mas sem afirmar a prioridade de nenhuma delas. Para isso, o inevitável *ethos* de uma comunidade política deve sempre ceder quando entrar em confronto com os direitos fundamentais. Além disso, o direito à igualdade de tratamento que todos os integrantes do Estado podem reivindicar se estende aos contextos existenciais e comunitários em que o indivíduo constrói e desenvolve a sua identidade, o que inclui a família em suas múltiplas manifestações.⁶²

A neutralidade do direito no que se refere às formas de vida em competição no interior do Estado não é uma realidade dada e para sempre garantida pela evolução da sociedade moderna, mas uma luta diária de efetivação da promessa constitucional de igualdade e pluralidade, levada a cabo pelos cidadãos produtores e destinatários das próprias normas. É, antes de tudo, uma consequência do fato de que a coesão dos cidadãos nas sociedades hipercomplexas da contemporaneidade é impossível de ser mantida com o recurso a uma ordenação consensual abstrata de valores. A antes monolítica forma de “vida boa” foi pulverizada em diversas comunidades ético políticas dentro do mesmo Estado, de maneira que o único consenso que ainda pode ser construído é o relativo à forma do exercício do poder e aos mecanismos de produção do direito, um consenso procedimental.⁶³

⁶⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**, p. 105.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**, p. 265.

⁶² *Idem*, p. 265.

⁶³ *Idem ibidem*.

Na sequência da análise dos precedentes, observamos que a Ministra Nancy Andrichi, como relatora do Resp. 1.157.273, ainda defende que:

Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; **(vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade,** respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a **posse do estado de casado,** a continuidade da união, **a fidelidade,** entre outros.

[...] **Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integram o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.**⁶⁴

Veja-se, mais uma vez, que a postura dos tribunais superiores é abertamente conservadora, quando se trata de decidir casos de simultaneidade familiar. Sob o pretexto de manter íntegra a estrutura básica da família e, por consequência, da sociedade, preservando a lealdade, aqui entendida como sinônimo de exclusividade sexual, núcleos afetivos que não tenham precedência temporal, mesmo que representem verdadeira comunhão de vida, não podem ser reconhecidos como família e não se lhes atribui absolutamente nenhum efeito típico de uma entidade familiar. O julgamento é baseado em uma petição de princípio: os relacionamentos afetivos paralelos são desleais porque não observaram o dever de fidelidade monogâmico que se confunde com a lealdade.

O propósito de constituir família, que também está presente na segunda união de fato nos dois últimos casos citados acima, como robustamente provado nos autos (mesmo no entendimento dos próprios julgadores) é negado, porque a forma do casamento, ou seja, os seus requisitos, que são os requisitos da família *tout court*, não foram observados.

A “*posse do estado de casados*” a “*convivência como marido e mulher*” não foram atendidas porque não se respeitou o primado da monogamia. Um homem ou uma mulher não pode (e isso é um juízo ético-normativo e não fático como aparenta ser)

⁶⁴ BRASIL, STJ, Resp. nº 1.157.273, Relatora Ministra Nancy Andrichi, d. j. 18/05/2010 [grifos nossos].

querer constituir família com mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Essa é uma presunção irretorquível.

A convivência *more uxorio* (em conformidade com o costume de casados) se compreende como requisito específico da constituição da união estável como entidade familiar. Não basta que estejam presentes os requisitos gerais, comuns a todas as entidades familiares: a) convivência pública; b) afetividade; c) estabilidade. É preciso que os companheiros funcionem como se casados fossem, com todos os elementos característicos do estatuto do casamento, direitos e deveres comuns e os mesmos impedimentos para a sua constituição.

Na síntese de Paulo Lôbo sobre o tema:

Desde a Constituição de 1988, abriu-se controvérsia acerca da possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas, tendo em vista a inexistência de regra expressa a respeito na legislação, inclusive no Código Civil de 2002. Entendemos não ser possível, porque a união estável é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora de estado de casado, o qual, conseqüentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico.⁶⁵

O resultado é que o casamento, como ato jurídico formal e complexo, teria um duplo no mundo dos fatos, uma espécie de “casamento irregular”, um ato-fato jurídico chamado de união estável, que dispensaria qualquer manifestação expressa de vontade dos envolvidos para atrair a incidência das normas constitucionais e legais, imperativas, e inderrogáveis pelo arbítrio dos interessados, típicas daquela entidade familiar.

Bastaria que esse “embrião de casamento”, empregando a sugestiva expressão do Min. Lewandowski, que essa união de fato passível de conversão em casamento, fosse, desde já, um reflexo, o mais completo possível, da convivência conjugal. Um casamento não solene ou simplificado. Uma união que seria viável e mereceria reconhecimento como família, porque capaz de se transformar no paradigma de família, o casamento.

Ainda um último precedente do Superior Tribunal de Justiça explicita mais um pressuposto fundamental desse entendimento majoritário que merece ser destacado:

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luís Neto. **Famílias**, p. 171.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido.

- A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

- Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, **impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada,** cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, **pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.**

- Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido.

Recurso especial provido. ⁶⁶

Neste julgado, mais do que nos anteriores, é possível se perceber que a assimetria do tratamento legal conferido a cada um dos relacionamentos afetivos simultâneos, o legitimado pela forma do casamento e o espúrio, paralelo à família oficial, que, usualmente, se justifica pela proteção da família como instituto, na realidade tem como objetivo último a proteção do patrimônio familiar, entendido em sentido material e simbólico. Interesses econômicos e suscetibilidades de um núcleo familiar se sobrepõem ao próprio reconhecimento da dignidade do outro, como *locus* de realização afetiva.

A preocupação com a defesa econômica e simbólica da família oficial, aquela que optou pelo caminho juridicamente fixado para a sua constituição, é desavergonhada e aparenta ser uma decorrência absolutamente necessária da vida em sociedade. Um dogma naturalizado a ponto de se tornar incontestável, fora do alcance de qualquer debate, infenso a qualquer possível alternativa. Ao fim e ao cabo, norma ditada em prol das conveniências e interesses dos grupos portadores de uma ética que procuram impor por meio dos mecanismos de controle social, incluindo o direito, e reproduzido pela má-fé ou pela cegueira ideológica dos operadores desses sistemas, em especial, os juristas.

A saída desse “delírio declamatório” dos “*mores* da estrutura estabelecida” só será possível com a “devolução das normas ao seu posto real e em perpétuo devenir, na práxis sócio-política”. ⁶⁷ Aos cidadãos, destinatários e produtores das normas, é que deve caber a organização livre e responsável de suas relações de afeto, sem que o Judiciário, agindo como bastião da identidade ética comunitária, decida qual é a vida familiar que tem mais valor.

⁶⁶ BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 931.155/RS. Terceira Turma. Relatora Ministra: Nancy Andrighi. Julgado em 07/08/2007 [grifos nossos].

⁶⁷ LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980, p. 12.

Uma “jurisprudência de valores”, ou, mais precisamente, uma aplicação judicial de valores morais, em concorrência com direitos, é sintoma típico da compreensão do papel do Poder Judiciário como guardião moral da comunidade política. O tema é debatido por Ingeborg Maus, segundo a qual: “com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação de superego se localiza na administração judicial da moral”.⁶⁸

A compreensão da Constituição como uma ordem concreta de valores que daria corpo à identidade ético-cultural de uma comunidade política, entendida como um todo homogêneo, faz da jurisdição constitucional uma guardiã dos valores éticos da sociedade, uma monitora ou tutora do processo político de autocompreensão coletiva identitária sobre um projeto de vida pressuposto como comum e fundado no consenso social. Essa concepção da função da jurisdição constitucional não dá conta dos desafios colocados por uma sociedade plural e diferenciada.⁶⁹

Por organização livre e responsável das relações de afeto entenda-se, nos termos do que já foi exposto na Introdução, que a ampla liberdade de estruturação das relações de afeto pressupõe, necessariamente, a correlativa responsabilidade dos figurantes em uma união familiar pelas legítimas expectativas de afeto geradas pela comunhão de vida. A não imposição de uma forma familiar não significa o desamparo às famílias e nem pode ensejar irresponsabilidade e descompromisso sob a pena de acarretar um sério retrocesso no Direito de Família.

2.6. Outros julgamentos relevantes

Não são muitos os casos em que a Justiça dos Estados se manifestou, expressamente, sobre essa questão tão polêmica. Como ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os precedentes encontrados são, majoritariamente, contrários ao reconhecimento do paralelismo afetivo.

⁶⁸ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000, p. 202.

⁶⁹ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**, 2ª Edição, Belo Horizonte, Mandamentos, 2006, p. 70.

Começamos com alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O primeiro é representativo do argumento de que a força normativa do princípio da monogamia é o que impede o reconhecimento de mais de um relacionamento familiar simultâneo. Segue a ementa do referido julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. RELACIONAMENTO AFETIVO PARALELO AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECURSO NÃO-PROVIDO. O relacionamento afetivo da apelante com o seu amado não se enquadra no conceito de união estável, visto que **o princípio da monogamia, que rege as relações afetivas familiares, impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo ao casamento.** Neste contexto, por se encontrar ausente aquele elemento essencial para a constituição da união estável, qual seja, ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros, e como o pai dos apelados não se encontrava separado de fato ou judicialmente, conforme restou suficientemente demonstrado nos autos, não é possível se caracterizar o concubinato existente como uma união estável. Entender o contrário seria vulgarizar e distorcer o conceito de união estável, instituto jurídico que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de proteger relacionamentos constituídos com o fito familiar e, ainda, viabilizar a bigamia, já que é possível a conversão da união estável em casamento.⁷⁰

É a mesma lógica da jurisprudência do STJ. Não há a configuração do objetivo de constituir uma entidade familiar, no caso da união formada em segundo lugar, paralelamente ao casamento, porque um indivíduo não pode querer ter mais de uma família ao mesmo tempo. Isso quer dizer que essa possibilidade é vedada pelo direito, ainda que confirmada, à exaustão, pelos fatos. A segunda parte da argumentação é teratológica. A atribuição de eficácia jurídica ao paralelismo afetivo viabilizaria a bigamia, já que toda união estável pode ser convertida em casamento.

O salto para essa conclusão só se torna inteligível se lembrarmos de que, para o Judiciário brasileiro, seguindo o caminho traçado pela Suprema Corte, quando o enunciado da Constituição expresso no Art. 226, § 3º, referindo-se à união estável, diz “*devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento*” o que de fato está contido no preceito é que o ideal de toda união estável é tornar-se um casamento no futuro. Nessa linha, a tutela dessas uniões afetivas perderia todo o sentido se elas, como regra, não se tornassem casamentos. Seriam casamentos esperando para acontecer. Assim, a Justiça

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0027.05.074755-2/001(1)**, 5ª Câmara Cível, relator: Maria Elza, julgado em 06/09/2007 [grifos nossos].

estaria necessariamente chancelando um ilícito penal (Art. 235 do Código Penal Brasileiro).

Interessante observar, neste ponto, que a doutrina brasileira de Direito Penal costuma referir que o bem jurídico tutelado por essa norma incriminadora seria “o casamento monogâmico (ordem jurídica matrimonial) e, conseqüentemente, a organização da família, considerada a base da sociedade”.⁷¹ O ordenamento jurídico estaria assim, com o instrumental do Direito Civil e também do Penal, preservando a essência de um instituto como forma de garantir a permanência de uma hierarquia valorativa cara à sociedade.

O resultado dessa postura protetiva do Direito é o sacrifício da liberdade individual de estruturação das relações familiares e de afeto. A preservação de vetores valorativos de uma forma de vida tradicional e de suas fórmulas típicas se sobrepõe aos direitos fundamentais dos sujeitos que escolheram, mesmo que livre e conscientemente, constituir uma modalidade familiar diferente do padrão, porque não monogâmica. A família plural prometida pela nova ordem constitucional, que rompeu com o monismo matrimonial, realiza-se precariamente, já que a concepção tradicional de família ainda parece orientar toda a sua disciplina jurídica.

Várias são as normas de Direito de Família que são ditas de ordem pública, cogentes, inderrogáveis pela vontade dos interessados. Essa imposição, de um núcleo mínimo de direitos e de deveres, serviria para proteger a parte mais fraca em um relacionamento, por ser esta economicamente dependente ou de outra maneira se encontrar em uma situação vulnerável. A monogamia seria uma dessas imposições inafastáveis de qualquer modelo familiar, já que viria em socorro dos integrantes da família constituída em primeiro lugar que, fosse diferente o regramento, talvez tivessem que se submeter aos caprichos do cônjuge ou do companheiro infiel, vendo o patrimônio familiar dilapidado e dissolvido em múltiplos casos amorosos.

Esse quadro, que é o pressuposto pelos que defendem a existência de um princípio da monogamia, ignora, como já referido, a existência de indivíduos que genuinamente tenham a intenção de constituir mais de uma família e serem fiéis a ambas, contanto que não se confunda esse dever com o de exclusividade sexual. São, em definitivo, situações não muito comuns no âmbito das relações interpessoais ou pelo

⁷¹ CUNHA. Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**, 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 287.

menos são pouco expostas. Mas, a despeito dessa pouca visibilidade ou dever-se-ia dizer invisibilidade, seria legítimo vedar que a elas se atribuisse qualquer eficácia jurídica como entidades familiares?

Mais grave ainda são os situações, bem mais comuns, em que, pelas vicissitudes da existência, que nem sempre segue o curso que a ela se tenta imprimir, uma pessoa acaba por participar, efetivamente, de duas uniões de fato duráveis, públicas, estáveis, fundadas no afeto, mesmo que sem premeditação ou a despeito de todos os planos. Essas uniões que fossem constituídas em segundo lugar, uma definição temporal que raramente é fácil de delinear, deveriam ser, como regra, excluídas do Direito de Família e escamoteadas para a seara das relações obrigacionais? Seriam sociedades de fato, que serviriam à lógica do lucro e não transcenderiam aos interesses patrimoniais?

Obviamente que não. São assim tratadas porque o Direito lhes impôs essa redução de *status*. Como punição pelo descumprimento de um preceito considerado indispensável à regular vida em sociedade, as uniões ditas concubinárias, as famílias não monogâmicas, são destituídas de sua condição de entidade com proteção especial do Estado e tratadas como empresas irregulares. Os seus integrantes são obrigados a provar que contribuíram para o acréscimo patrimonial do companheiro em comum e, portanto, indiretamente, para o enriquecimento da família oficial e postular a dissolução dessa verdadeira “empresa familiar”, ficando com a parcela do patrimônio correspondente à sua contribuição.

É interessante perceber que, mesmo muitos daqueles que criticam a prevalência da monogamia como norma, não conseguem escapar do esquema de uma hierarquia valorativa que fundamenta a própria concepção criticada. Por exemplo, Lorene Lopes Silva faz a seguinte crítica:

A jurisprudência em certos julgados justifica com o princípio da monogamia a impossibilidade de reconhecimento das uniões dúplices, acontece que não se pode impor um princípio norteador a uma situação de fato quando aquele já foi violado. Além disso, **sobrepor o princípio da monogamia aos princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia caracteriza um desequilíbrio nas bases fundamentais do ordenamento jurídico.**⁷²

⁷² SILVA, Lorene Lopes. *A tutela jurídica das famílias simultâneas: a constitucionalização do Direito de Família e o enriquecimento ilícito do cônjuge infiel*, p. 30.

Entretanto, o erro da Justiça, ao enfrentar casos difíceis, como os de paralelismo afetivo, não consiste em partir de uma inadequada hierarquização de princípios, mas antes na confusão de princípios com valores. O que se deveria estar questionando é a própria existência de um “*princípio da monogamia*”, sem conexão com nenhum direito fundamental, mas servindo exclusivamente para a tutela de uma forma de vida tradicional com apelo majoritário, bem como de seus institutos típicos.

Os princípios são direitos e, como tal, não são passíveis de hierarquização em abstrato. Não se trata de identificar qual teria mais peso no ordenamento ou qual teria um caráter “mais fundamental”. Só valores inseridos no contexto de uma forma de vida abrangente, vale dizer, no âmbito de uma determinada comunidade ética, poderiam ser compreendidos em termos hierárquicos.

Quando se trata de direitos em aparente contradição, o que o julgador há de fazer é identificar qual das situações subjetivas concorrentes realmente é um direito e qual é um abuso de direito. Ou ainda, qual norma incorpora um direito e qual, na realidade, está encampando um imperativo ético ou político, refletindo uma opção valorativa de uma classe de cidadãos. Uma perspectiva liberal, que vê como nefasta a atuação paternalista do Estado, com o monopólio da definição e da persecução do interesse público, dá precedência, no âmbito de aplicação da norma, que é o espaço por excelência do julgador, aos direitos, sobre as políticas, e sobre os valores. Sem a prevalência dos direitos individuais, sem as garantias mínimas de igualdade e liberdade, não há autonomia pública ou privada. Na síntese de Menelick e Scotti:

[...] A neutralidade ética do direito, essencial em sociedades pluralistas, não importa num desacoplamento entre as formas de vida e o sistema dos direitos. Entretanto, da mesma forma como as normas morais, de conteúdo universal, têm precedência sobre determinados valores éticos, também os direitos fundamentais, no âmbito de aplicação normativa, adquirem primazia quando confrontados com valores. Tanto decisões pragmáticas de realização de preferências quanto valores constitutivos do autoentendimento de uma comunidade devem passar pelo crivo da compatibilidade com os direitos fundamentais;

[...] Sabemos hoje que não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo.⁷³

⁷³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**, p. 98.

Ao contrário do que pressuposto pela doutrina tradicional, que trabalha com a noção de ponderação de direitos em conflito, o nível da aplicação, principalmente quando se está em face de direitos fundamentais, é radicalmente distinto de seu nível de justificação. Ou seja, a atividade do aplicador do direito não é, como a do legislador, uma atividade de balanceamento de valores concorrentes, que estariam sujeitos a uma hierarquização abstrata e seriam passíveis de tratamento metodológico prévio.

Quando se fundamenta uma decisão jurídica em termos de conflitos de direitos, confundidos com valores, não fica clara a tensão que se coloca em cada situação de aplicação entre as pretensões contrárias em relação a direitos, que seriam indisponíveis. O resultado produzido por essa argumentação em termos de uma ponderação é o seu próprio enfraquecimento “ao banalizar os direitos fundamentais indisponíveis apresentando-os como simples opções valorativas em abstrato do aplicador”.⁷⁴

No mesmo julgado acima referido, há a seguinte passagem representativa da já várias vezes referida assunção do casamento como suprema manifestação da família:

[...] Não é qualquer relacionamento entre homem e mulher que pode ser reconhecido como união estável, sob pena de se vulgarizar e distorcer um instituto jurídico que foi consagrado pela Constituição de 1988 com a finalidade de proteger relacionamentos constituídos com fito familiar, sem o vínculo do casamento civil. [...] **Na união estável é necessária a prova da convivência com vocação de permanência, isto é, aquela em que se pretende constituir família, fazendo a vida como se marido e mulher fossem sob o regime do casamento formal.**⁷⁵

Aqui, mais explicitamente do que nos outros precedentes apontados, se expressa o entendimento de que a união estável é um “casamento informal” ou um “casamento descomplicado” se lhe estendendo, no que couber, a disciplina deste tipo familiar, inclusive o dever de fidelidade. O instituto da união estável seria um desdobramento do instituto do casamento, este sim, a formatação perfeita e completa de uma entidade familiar.

A prova da vontade de constituir família, nesta linha, seria, mais precisamente, a vontade de construir uma vida familiar como se os companheiros casados fossem, já

⁷⁴ *Idem*, p. 153.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0027.05.074755-2/001(1), 5ª Câmara Cível, relator: Maria Elza, julgado em 06/09/2007 [grifos nossos].

que toda forma familiar que destoasse desse padrão, violando os seus pressupostos indispensáveis, estaria interdita.

No mesmo Tribunal e, curiosamente, sob a mesma relatoria, produziu-se, em um caso bastante semelhante, uma decisão que chegou a resultado completamente diverso. Uma união estável simultânea ao matrimônio foi reconhecida como família em função de um juízo de equidade. Veja-se a ementa:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva – pública, contínua e duradoura – um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esse anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há ainda muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa – mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social.⁷⁶

A ementa do acórdão levanta uma interessante questão que, normalmente, não é levada em conta quando o Judiciário tem que se debruçar sobre casos de paralelismo afetivo. A solução usualmente adotada pelos Tribunais, que trata a segunda união como concubinato, em princípio, acaba por punir exclusivamente a mulher. Isso porque o costume das sociedades ocidentais é de que o homem mantenha uniões extraconjugais e não a mulher. O cônjuge infiel que mantém vários relacionamentos ao mesmo tempo é, habitualmente, o homem. Esse tipo de infidelidade seria um desvio moral tolerado pela sociedade patriarcal, condescendente com as manifestações de exuberância da virilidade. Em suma, um imoralismo permitido.

⁷⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0017.05.016882-6/003(1), 5ª Câmara Cível, Relator Maria Elza, julgamento em 20 nov. 2008.

É interessante, neste ponto, lembrarmos a crítica que Engels desenvolve no seu clássico ensaio sobre a *Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, acerca da função da monogamia nos primórdios da civilização e a sua íntima conexão com a infidelidade masculina. Embora radicalmente contestada como reconstrução histórica do surgimento das formas de vida familiar que nos dias de hoje são usuais, a sua análise mantém toda a atualidade como crítica social e cultural do que se poderia chamar de senso comum teórico do direito de família.

Consenso doutrinário que pressupõe, por exemplo, como se está demonstrando, que o casamento monogâmico seria a forma perfeita de organização familiar, a mais justa e equilibrada estruturação das relações de afeto. Para Engels, a família monogâmica não é decorrência do amor individual, mas o resultado de condições econômicas específicas que provocaram a substituição da propriedade comum primitiva pela moderna propriedade privada, levando à necessidade do estabelecimento da certeza da paternidade, para que o homem, senhor de todas as coisas, transmitisse com segurança, para seus filhos e herdeiros diretos, a posse de seus bens. Com esse propósito, a monogamia só se exigiria da mulher e não do homem. Ao homem se toleravam as aventuras sexuais extraconjugais e a prostituição ou o heterismo teria surgido neste sentido como instituição social indispensável para manutenção da sociedade. Um dos pilares do sistema monogâmico de casamento. Afinal ao homem não se faziam necessários os sacrifícios impostos à liberdade sexual das mulheres, como instrumentos para procriação.

Nas palavras do autor:

A monogamia, portanto, não entra de modo algum na história como reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de casamento. Pelo contrário, surge sob a forma de subjugação de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, em toda a pré-história. Num velho manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim, encontro o seguinte: 'A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação de filhos'. Hoje posso acrescentar que a primeira oposição de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher, na monogamia e que a primeira opressão de classe coincide com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas ao mesmo tempo inaugura juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um relativo retrocesso e no qual o

bem-estar e o desenvolvimento de uns se realizam à custa da dor e da repressão de outros.⁷⁷

A despeito de ser muito limitada como explicação histórica de nossas origens civilizacionais, a análise de Engels, como crítica da realidade social contemporânea é de uma acurácia insofismável. É verdadeiramente curioso como o adultério da mulher é punido e proibido, rigorosamente, pelas normas de conduta e pelos sistemas de controle da moral média, enquanto os mesmos fazem vista grossa à infidelidade do homem ou até mesmo a estimulam veladamente. A mulher é duplamente sobrepujada pelo homem: como esposa lhe é cobrada uma lealdade que na prática não é recíproca, embora também seja exigida do homem, retoricamente; como “amante”, como companheira de uma união simultânea à família legítima/oficial é desprezada, relegada ao esquecimento, tratada como prestadora de serviços ou como sócia em uma parceria *sui generis*.

Na mesma toada, a crítica histórica de Paulo Lôbo:

A fidelidade recíproca sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Historicamente, voltava-se em grande medida ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*. Nesse sentido estrito (e, por certo, insustentável na atualidade), sempre se manifestaram a doutrina e a jurisprudência. Não se confunde, portanto, com o respeito e consideração mútuos. A doutrina assinala tal significado tradicional, que teve razão de ser enquanto o Estado foi entendido como “reunião de famílias”; enquanto interessou o controle sobre a mulher e sua sexualidade; enquanto interessou o controle do patrimônio familiar unitário, assentando em rígido sistema de legitimidade e sucessão de filhos, expurgando-se os considerados ilegítimos. Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra outro, quando o relacionamento chega ao fim.⁷⁸

No julgado acima mencionado, a relatora do acórdão teve sensibilidade para atentar a essa realidade desigual e à iniquidade que produziria a adoção da solução aplicada pelo Tribunal em casos anteriores. Então, em respeito às “peculiaridades do caso concreto”, resolveu decidir pela atribuição da condição de entidade familiar a uma união de fato simultânea ao casamento. Nessa união seria possível visualizar-se o

⁷⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, 2ª Edição Revisada, Escala, São Paulo, sem data, p. 75-76.

⁷⁸ LÔBO, Paulo Luís Neto. **Famílias**, p. 136.

subjetivo ânimo de construir um lar confirmado objetivamente pelo tempo a despeito da convivência com um casamento civil não dissolvido.

Neste ponto, a argumentação da relatora adquire um caráter bastante inovador, vez que subverte a precedência do instituto do casamento monogâmico, que não mais é visto como destinatário privilegiado da proteção constitucional. Pressupondo a igual dignidade das formações familiares, a julgadora não vê a necessidade de punir a segunda união para preservar o dever de monogamia, até mesmo porque o cônjuge verdadeiramente infiel, o homem que manteve duas famílias, não seria alcançado por essa punição. Infelizmente, a relatora faz questão de ressaltar que não pretende estabelecer um precedente para outros casos semelhantes, mas apenas decidiu por equidade. Afinal não se pretende fazer desmoronar a ordem matrimonial, base da sociedade.

Assim, a percepção do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como de resto a da esmagadora maioria das Cortes Brasileiras é no sentido de ser inconcebível a tutela de famílias simultâneas, em virtude da irremediável violação que isso representaria do sistema monogâmico, elemento nuclear da garantia do instituto da família. Nesse sentido mais alguns julgados representativos:

União Estável. Caracterização. A União Estável caracteriza-se pela convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. **O reconhecimento de união estável em relação a uma mulher impede o reconhecimento de tal relação em face de outra com quem, a despeito da existência de relacionamento amoroso, não se caracterizou a constituição de entidade familiar, por exclusão lógica.** Apelo improvido.⁷⁹

Já se afirmou, mas não custa lembrar, que não há nada de lógico e necessário nessa não atribuição de eficácia jurídica ao paralelismo afetivo. É, na realidade, uma opção axiológica. Um juízo valorativo de exclusão e de discriminação. Primeiro se assinala a tese de que existe uma maneira correta de estruturar as relações de afeto e posteriormente se a converte em dogma. E esse dogma vai sendo reproduzido às cegas, acriticamente, sem levar em conta como de fato as famílias estão se organizando na realidade, nas situações de aplicação.

⁷⁹ BRASIL, TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0111.04.000875-2/002, rel. Des. Cláudio Costa, j. 17.05.2007 [grifos nossos].

Ainda um último julgamento deste Tribunal:

Direito de Família. Apelação. Ação de Reconhecimento de União Estável. CONCUBINATO DESLEAL. Pedido improcedente. Recurso provido. O concubinato desleal não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, pois a manutenção de duas uniões de fato, concomitantes, choca-se com o requisito de respeito e consideração mútuos, impedindo o reconhecimento desses relacionamentos como entidade familiar, uma vez caracterizada a inexistência de objetivo de constituir família, e de estabilidade na relação.⁸⁰

Aqui ressurge o argumento falacioso do julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal de que a existência de uma primeira união, necessariamente, e em todos os casos, instabilizaria a segunda. Já vimos que isso é a projeção de uma visão de mundo e não uma decorrência da natureza dos relacionamentos humanos. Ademais, deixar de reconhecer a condição de entidade familiar à segunda união porque se estaria violando o dever de respeito e consideração mútua é mais uma vez punir o sujeito que não agiu deslealmente, a concubina, e premiar o cônjuge infiel que, além de não ser atingido, ainda enriquece sem causa com a contribuição daquela. O que a Justiça deve observar é se efetivamente há afeto entre os integrantes de uma união simultânea em cada caso concreto, sem que se pressuponha sempre a sua inexistência ou impossibilidade. Caso contrário, o preconceito de uns estará se sobrepondo às opções individuais de outros.

Não são todos os julgamentos que se afastam assim da realidade. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está usualmente na vanguarda em questões de Direito de Família, encontram-se alguns precedentes promissores apontando em outro sentido.

Um caso bastante interessante em que os companheiros de uma união de fato simultânea a um casamento conviveram durante 45 anos e tiveram duas filhas, que foram mesmo devidamente registradas, a Corte gaúcha decidiu que tendo falecido o companheiro em comum, a “amante” poderia postular alimentos. São os termos da ementa:

⁸⁰ BRASIL, TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 1.0384.05.039349-3/002, rel. Des. Moreira Diniz, j. 21.02.2008, v.u.

APELAÇÕES. AÇÃO DE ALIMENTOS. CONCUBINATO E CASAMENTO. DUPLICIDADE DE UNIÃO AFETIVA. LONGA RELAÇÃO FÁTICA ENTRE A AUTORA E O RÉU. CONSTITUIÇÃO DE DEVER ALIMENTAR. CABIMENTO. Caso onde a comprovação da longa relação com intuito familiar entre a demandante e o demandado, inclusive com a geração de duas filhas, acarreta na obrigação do varão em prestar alimentos à concubina. Já em relação à filha maior de idade, em virtude de sua incapacidade laboral comprovada por laudo pericial, também são devidos os alimentos. Não obstante, ao sopesar os elementos constantes do binômio alimentar, andou bem o juízo singular ao fixar a verba alimentar em R\$ 3.000,00 para cada demandante.⁸¹

Entendeu-se que uma união longa que produziu prole representaria, com segurança, o intuito de constituir família, apesar da sua não precedência temporal. Uma argumentação bastante simples e uma decisão tomada rente aos fatos, mas que não enfrentou a questão essencial da garantia institucional da família, não servindo como contraponto ao entendimento das cortes superiores.

Verdadeiramente inovadora foi decisão tomada sob a relatoria do desembargador Rui Portanova, na qual se reconheceu a possibilidade de divisão por três (“triação”) dos bens adquiridos por um varão na constância de união dúplice, quando do seu falecimento. Segue a ementa:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO. Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder a ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de 'papel'. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO ("TRIAÇÃO"). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuta em 'triação', pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO. A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVIA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO.⁸²

Esse julgado serve para rebater o argumento, por vezes levantado, de que o reconhecimento da estatura de família às uniões ditas concubinárias tornaria impossível

⁸¹ BRASIL, TJRS, Apelação Cível nº 70023734122, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/12/2008.

⁸² BRASIL, TJRS, Apelação Cível n. 70011962503, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 17/11/2005.

a solução de questões de sucessão entre as famílias simultâneas. Ora, argumentos de ordem pragmática como esses não podem afastar a proteção de direitos. Se existem direitos a garantir, a questão da dificuldade enfrentada pela Justiça para assegurá-los e a de qual o instrumental mais adequado para esse fim são secundárias.

Ainda assim, o precedente citado resolve a questão no plano da avaliação probatória, também não aprofundando a análise do instituto da família. Isso não seria problemático se o deslinde escolhido pelo TJRS não estivesse na contramão do que as Cortes Superiores têm decidido, afinal o Judiciário não é o lugar adequado para especulação filosófica. Mas quando essas decisões de cunho progressivo não marcam a sua diferença radical de argumentação, afirmando uma concepção mais liberal e pluralista de família, os seus efeitos terminam por se restringir aos casos resolvidos e às partes diretamente afetadas, dissolvendo-se e desaparecendo em meio ao consenso doutrinário e jurisprudencial a que se contrapõem.

Ainda uma última decisão proferida sobre o assunto, esta de primeira instância, mereceria uma breve análise neste trabalho. Na 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho, em Rondônia, o juiz Adolfo Theodoro Naujorks Neto proferiu decisão bastante original, em caso de ação declaratória de união estável pós-morte, ao atribuir efeitos do Direito de Família a um caso de paralelismo afetivo em que um indivíduo manteve dupla união, com a esposa, e com outra mulher, por 29 anos, ambos os relacionamentos tendo produzido filhos. Até este ponto, este caso não parece se distanciar muito dos outros precedentes já apresentados. Nele há, entretanto, uma particularidade importante, como ressalta o próprio magistrado:

Durante a instrução do processo, fiquei absolutamente convencido que o falecido manteve um relacionamento dúplice com a esposa com quem era legalmente casado e a autora. **Mais ainda, fiquei também convencido que este relacionamento dúplice não só era de conhecimento das duas mulheres como também era consentido por ambas as mulheres, que se conheciam, se toleravam, e permitiam que o extinto mantivesse duas famílias de forma simultânea, dividindo a sua atenção entre as duas entidades familiares** [...] A autora e XXXX tinham mútuo conhecimento de suas existências, se toleravam e permitiam que YYYYYYY dividisse seu tempo e sua atenção com as duas mulheres, mantendo com as mesmas um relacionamento duradouro e estável. O que fazer o julgador diante de tal realidade? Como se colocar diante do que se confunde como justo e injusto, como certo e errado, como o direito e o avesso? Diante de uma situação fática em que devidamente comprovado que com a concordância de ambas as mulheres, o extinto manteve por vinte e nove anos uma relação dúplice, deve

o julgador ater-se tão somente ao hermetismo dos textos legais e das disposições positivadas em nossos códigos de lei?⁸³

O juiz se depara com o monolítico sistema legal de Direito de Família, consolidado no precocemente envelhecido Código Civil, organizado em torno do relacionamento monogâmico, caracterizado pela comunhão de vidas entre os cônjuges, nos âmbitos material e imaterial. Dentro desta ordem familiar há expressa vedação para que se tutele juridicamente uma relação paralela de uma mulher com homem legalmente casado e impedido de contrair novo casamento. O concubinato impuro ou adulterino, que se visualiza nessa hipótese é considerado relacionamento moralmente inferior e como tal é tratado no âmbito das parcerias da vida civil.

Entretanto, a relação da autora com o falecido, no caso analisado, não obstante fosse o mesmo legalmente casado e não separado de fato, não foi eventual, a ponto de ser satisfatória a singela afirmação de que os companheiros não tinham a intenção (ou, mais propriamente, não deveriam ter a intenção) de constituir família, só porque não haviam constituído família da maneira correta. O magistrado admite que não se possa deixar de reconhecer os efeitos jurídicos de família dessa relação, do contrário, estar-se-ia dando ensejo ao locupletamento ilícito dos integrantes da “família oficial”, cujo patrimônio recebeu a colaboração da segunda companheira em sua aquisição, além de ser ostensivamente violado o direito de igualdade (Art. 5º, *caput* da CF) da segunda família, já que se configurando numa situação de fato absolutamente igual à mantida com a esposa, obrigatoriamente, deve ser tratada da mesma maneira.

2.7. O entendimento da doutrina tradicional de direito de família

A maioria dos autores que se manifestam expressamente sobre a matéria, e não são muitos, assume a mesma postura das cortes superiores com relação ao tema, boa parte das vezes por falta de autonomia intelectual ou por subserviência condicionada ao último movimento da jurisprudência. Outras vezes escamoteiam a verdadeira questão discutida, que é a da imposição pelo Direito de uma forma de família, como a eticamente correta, ou o modelo da “família boa” e desviam o foco para questões

⁸³ BRASIL, 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho-RO, Autos de nº 001.2008.005553-1, Juiz Adolfo Theodoro Naujorks Neto, julgado em 13/08/2008 [grifos nossos].

acessórias, pretendendo que o debate se dê em torno da configuração de outros requisitos (publicidade, continuidade, afetividade). Resulta de uma investigação mais aprofundada, entretanto, que normalmente a comprovação desses outros requisitos, em casos de simultaneidade familiar, máxime naqueles em que ambas as uniões duraram bastante tempo, por vezes décadas, como os aqui já citados, não é o pivô da discussão.

Euclides de Oliveira é um dos que assim se manifesta:

[...] o que não se admite, contudo, em vista dos contornos exigidos pela lei para configuração de uma união estável, é a ligação adúlterina de pessoa casada, simultaneamente ao casamento, sem estar separada de fato do seu cônjuge. Tem primazia, em tal situação, a família constituída pelo casamento. A outra união seria de caráter concubinário, à margem da proteção legal mais ampla que se concede à união estável. A verdade é que, afora hipóteses excepcionais, em tais casos geralmente a vivência extramatrimonial é mantida com reservas, sob certo sigilo ou clandestinidade. Falta-lhe, pois, o indispensável reconhecimento social, até mesmo pelas discriminações que cercam esse tipo de amasiamento. O mesmo se diga das uniões desleais, isto é, de pessoa que viva em união estável e mantenha uma outra ligação ou, quem sabe, até múltiplas relações de cunho afetivo.⁸⁴

Na mesma linha Zeno Veloso defende que o dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural”.⁸⁵ E em outra passagem ainda registra que:

Assim, quem é casado e convive com seu cônjuge não pode constituir união estável; nem pode constituí-la quem já está convivendo com outrem em união estável. Ninguém pode manter uniões estáveis simultâneas; o vínculo entre os companheiros tem que ser único e recíproco. Aplica-se aqui, também, o princípio monogâmico.⁸⁶

Essa também é a opinião de Laura Ponzoni, segundo a qual: “não pode haver respeito e consideração mútuos no contexto afetivo de um projeto de vida em comum,

⁸⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do concubinato ao casamento**, 6ª ed., São Paulo, Método, 2003, p. 133.

⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Vol. XVII, Coord. Álvaro Villaça de Azevedo, São Paulo, Atlas, 2003, p. 125.

⁸⁶ *Idem*, p. 126.

sem fidelidade e exclusividade”.⁸⁷ Rodrigo da Cunha Pereira igualmente defende que toda a lógica do ordenamento jurídico brasileiro seria subvertida caso o Direito garantisse a convivência de duas relações, uma vez que o princípio da monogamia teria a magnitude de um princípio diretor.⁸⁸ Herbert Martinez Dal Col, por último, é mais um que expressa repúdio às uniões simultâneas, partindo do pressuposto irrecusável de que se há impedimentos para a constituição da união (que são essencialmente os impedimentos para o casamento, dentre eles, o do casamento precedente) não se pode visualizar o objetivo de constituir família, mesmo que existam elementos fáticos robustos no sentido do interesse dos companheiros em constituí-la. São as suas palavras as seguintes:

Se os impedidos absolutamente não poderão casar-se nunca, não poderão unir-se para constituir família. Por viverem uma união espúria e imoral, à qual o ordenamento jurídico não abre brechas protetivas tal como fez com os filhos daí resultantes, não se vislumbra como poderiam convertê-la em casamento, já que sempre esbarrariam naqueles impedimentos.⁸⁹

Vê-se, mais uma vez, o elemento de repúdio moral e de desprezo por este tipo de união afetiva que subverte a forma do casamento, atentando contra os bons costumes e a ordem pública. Uma união que jamais poderá constituir família porque é desconforme ao jeito certo de constituir família, imposto monoliticamente pelo direito.

2.8. O Paliativo da União Estável Putativa

Os que pensam dessa maneira, no máximo de concessão a seus princípios, em prol da equidade e da justiça do caso concreto, admitem a configuração, em certas situações, de casamentos putativos e de uniões estáveis putativas, nos quais a companheira do núcleo afetivo constituído em segundo lugar crê, por lhe faltarem informações ou por ter sido induzida em erro pelo parceiro, que participa de uma única entidade familiar e que se está respeitando o princípio da monogamia. Caso ela tenha

⁸⁷ PONZONI, Laura. **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato**, p. 6. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em 09.04.2012.

⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 66, nota 03.

⁸⁹ DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 96.

consciência da existência da família com precedência no tempo, entende-se que está agindo de má-fé, e, por isso, a sua convivência é ilegítima e concubinária. Por exemplo, Álvaro Villaça de Azevedo nos diz que:

Entendemos ainda que deste [concubinato] não deve surtir efeito, a não ser ao concubino de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo, e para evitar-se locupletamento ilícito. [...] embora ilícita a relação concubinária adulterina, muitas vezes, e no mais das vezes, uma companheira vê-se envolvida amorosamente, entregando-se a esse relacionamento impuro, em certos casos, até de boa-fé, sem saber do estado de casado de seu companheiro. Nesse caso, ocorre verdadeiro concubinato putativo.⁹⁰

Idêntica solução é proposta pelo já citado Rodrigo da Cunha Pereira:

Situação diversa, entretanto, é aquela em que a pessoa que mantém duas relações oculta essa realidade de seu parceiro(a). Se porventura subsistir a caracterização simultânea de duas ou mais uniões socorre à parte que ignorava a situação o instituto da União Estável putativa, ou seja, aquele em que um dos partícipes desconhecia por completo a existência de outra união *more uxorio* – matrimonial ou extramatrimonial – do outro, devendo esta produzir os mesmos efeitos previstos para uma união monogâmica.⁹¹

Ainda neste sentido, a colocação de Rolf Madaleno:

[...] o concubinato adulterino não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o artigo 1.727 do Código Civil. [...]. Não ingressam nesta afirmação os concubinatos putativos, quando um dos conviventes age na mais absoluta boa-fé, desconhecendo que seu parceiro é casado, e que também coabita com o seu esposo, porquanto a lei assegura os direitos patrimoniais gerados de uma união em que um dos conviventes foi laqueado em sua crença quanto à realidade dos fatos.⁹²

Esse raciocínio tem como premissa que, embora a “forma do casamento” tenha sido violada na prática, pois uma união de afeto se constitui apesar da presença de um impedimento, a intenção do sujeito afetado era a de respeitá-la, de maneira que a solução proposta pela maioria da doutrina para o chamado concubinato ou união estável putativa não escapa da influência da concepção do instituto do casamento como

⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Estatuto da Família de Fato**. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 281.

⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 75.

⁹² MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 71.

suprema realização dos valores da família. Aqui é como se a letra da lei tivesse sido violada, mas seu espírito preservado.

2.9. A Contribuição de Maria Berenice Dias

Não são todos os juristas que assumem essa postura em face das situações de simultaneidade familiar. Há uma nova geração de civilistas que procura compatibilizar com a tradição dogmática do direito privado a exuberância de novas formas familiares que se multiplicam sob a nova ordem constitucional. Apresentar-se-á alguns deles e depois se indicará as limitações de sua defesa dessas uniões.

Maria Berenice Dias é a mais conhecida propugnadora dessa postura. Na sua concepção: “[...] a manutenção de vínculos paralelos não impede o seu reconhecimento [...]. Logo se um companheiro não tem o dever de ser fiel ao outro, a manutenção de mais de uma união não desfigura nenhuma delas”⁹³. Mas se a lei civil expressamente impõe o dever de fidelidade no casamento (Art. 1566, I do CC) e o de lealdade nas uniões estáveis (Art. 1724 do CC), para dispensar essa exigência, a referida autora precisou distinguir os dois conceitos, entendendo a imposição de lealdade como dever de transparência, honestidade e boa-fé, afastando-o da concepção de exclusividade sexual.

Além disso, chamou a atenção para o fato de a solução adotada pelo Poder Judiciário promover indiretamente o enriquecimento ilícito, porque sem causa, da união constituída em primeiro lugar. É nesse sentido o seu raciocínio:

[...] Os concubinatos chamados de adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinação etc. são alvo do repúdio social. Nem por isso deixam de existir em larga escala. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que estão condenados pela Justiça só privilegia o bigamo. Situações de fato existem que justificam considerar que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adulterinas, e podem gerar consequências jurídicas. Presentes os requisitos legais, é mister reconhecer que configuram união estável, sob pena de se cancelar o enriquecimento injustificado dando uma resposta que afronta a ética. [...] para a configuração da união estável basta identificar os pressupostos da lei, entre os quais não se encontra nem o dever de exclusividade e nem o dever de fidelidade. Assim, imperioso que se cumpra a lei, que se reconheça a união estável quando presentes os requisitos de sua

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, Bigamia e União Estável: Realidade e Responsabilidade**. Disponível em <http://www.juristas.com.br/>; acesso em 09/04/2012.

identificação, ainda que se constate a multiplicidade de relacionamentos concomitantes.⁹⁴

Como solução intermediária, passível de ser adotada pelo Judiciário, sem que houvesse considerável mudança de posição, a autora propõe que:

[...] já que vem sendo rejeitada a concessão de alimentos [por não se tratar de relação familiar], para evitar o enriquecimento injustificado do varão, e não permitir que se livre sem responsabilidade alguma, depois de anos de convívio, é ao menos de se lhe impor a obrigação de indenizar serviços domésticos.⁹⁵

Dessa forma, a tradicional resposta, no campo da responsabilidade civil, criticada por monetarizar relações de afeto, justificar-se-ia pela aplicação dos princípios da solidariedade e da vedação do enriquecimento ilícito.

A autora também destaca o fato de que a exclusão dos vínculos simultâneos do âmbito do Direito de Família é a resultante de uma ideologia machista e paternalista da Justiça, que acaba por privilegiar, em nome do valor da monogamia, precisamente o bigamo que a violou e expiar a culpa da relação adulterina na mulher. Em seus próprios termos:

De maneira simplista os vínculos familiares que se constituem de modo concomitante ao casamento são condenados à invisibilidade. Contam com a conivência do judiciário. Com isso, as uniões paralelas – uma façanha exclusivamente masculina – continuam sendo incentivadas. Os nomes são vários: concubinato adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, e até concubinação. Mas a consequência é uma só: a punição da mulher.⁹⁶

Embora, profundamente progressista em muitos aspectos e levantando relevantes pontos que, como regra, são negligenciados pelos juristas, a autora não aprofunda a questão da imposição do dever de monogamia como elemento imprescindível do instituto da família, mas simplesmente o recusa de pronto, por afirmar que não seria um princípio, mas simplesmente um “marco regulador para a sociedade”, recusando o seu *status* constitucional.

⁹⁴ *Idem ibidem.*

⁹⁵ *Idem ibidem.*

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Bem Feito! Quem Manda ser Mulher?** Disponível em: <http://mbdias.com.br/hartigos.aspx?100,18>. Acesso em 09/04/2012.

Também Paulo Lôbo faz a crítica ao suposto princípio da monogamia, sem, no entanto, nega-lo de todo:

O tradicional princípio da monogamia, de origem canônica e que vicejou no mundo ocidental, perdeu a qualidade de princípio geral ou comum, em virtude do fim da exclusividade da família matrimonial. Persiste como princípio específico, apenas aplicável à entidade familiar constituída pelo matrimônio. Todavia, até mesmo em relação ao matrimônio, esse princípio tem sido atenuado pelos fatos da vida, na medida em que o direito brasileiro tem admitido efeitos de família ao concubinato.⁹⁷

Os dois juristas citados, ambos renomados no âmbito do Direito de Família e, de resto, considerados profundamente progressistas, não conseguem levar muito longe a crítica interna ao sistema que se propõem a fazer. Enquanto um diz que a monogamia seria apenas um subprincípio ou princípio específico, tendo perdido o seu status anterior de princípio geral e a outra se refere à monogamia como mero “marco regulador para a sociedade”, os dois falham na ausência de radicalidade da crítica que fazem, pois não conseguem se desvencilhar da, mas apenas atenuar a exigência que o modelo tradicional de família boa impõe por meio do direito. Nenhum dos dois enfrenta a questão fundamental que é se a forma familiar objetivada, normativamente assegurada, mereceria ou não uma tutela por si.

2.10. A Contribuição de Carlos Pianovski Ruzyk

Carlos Pianovski Ruzyk tem outra abordagem do mesmo problema. Parte do pressuposto de que o modelo unificado do antigo Código Beviláqua, que garantia como única forma familiar legítima o casamento civil, ou o casamento de outra maneira reconhecido pelo Estado, teria sido superado e substituído por um modelo constitucional pluralista e de liberdade afetiva. Essa transformação do tratamento dado às famílias pelo direito não resultaria de uma decadência moral ou da exacerbação de um individualismo hedonista e irresponsável, mas, pelo contrário:

Se a família é instrumento de desenvolvimento da personalidade, de concretização da dignidade da pessoa humana, resta evidente que não é de

⁹⁷ LÔBO, Paulo Luís Neto. **Famílias**, p. 52.

um individualismo utilitarista que se está a tratar. Se a proteção deve se dirigir à pessoa de cada um dos membros da família e, se estes não podem ser tomados como indivíduos atomizados, mas, sim, como entes em relação de coexistência, resta claro que, apresentada uma situação de simultaneidade familiar, o sentido dessa proteção deve atender à inter-relação entre aqueles que nela se inserem.⁹⁸

Não caberia ao Estado, com o instrumental do direito de família, eleger um padrão a ser obedecido, como única forma passível de tutela jurídica, marginalizando condutas desviantes. Ao Poder Público não cabe esse lugar de interdição, como superego da sociedade e bastião da “moral social média”. Impossível seria, por isso, reconhecer-se um princípio da monogamia como um mandamento do Estado invadindo a esfera mais sensível da autonomia privada individual e afetando as suas escolhas mais pessoais, imprescindíveis para o livre desenvolvimento de sua subjetividade.

Se a lei, em sentido lato, pode impor um dever de monogamia, é somente no sentido da vedação da constituição de duas uniões formais ao mesmo tempo, ou seja, de duas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado. Não poderia *a priori*, e em caráter absoluto, abarcar uniões de fato, sob a pena de servir o Estado de tutor da construção afetiva coexistencial, papel que lhe foi desautorizado pela nova ordem constitucional.⁹⁹

O reconhecimento de entidades familiares, a seleção dos critérios para a sua configuração, não pode ser determinado por parâmetros prévios excludentes da construção normativa realizada em concreto, pelos próprios interessados, livremente estruturando as suas relações de afeto na família, espaço privilegiado de desenvolvimento da personalidade. O sistema constitucional, como totalidade aberta, deve possibilitar o ingresso amplo das mais diversas formações familiares, inclusive as marcadas pelo paralelismo afetivo.

É neste ponto que se introduz o argumento mais interessante para os fins do nosso trabalho. Ruzyk enfrenta diretamente a questão da família como instituição para afirmar que ela só faz sentido se entendermos não a própria família como lugar abstrato e transpessoal destinatário da proteção jurídica, mas como espaço de relação coexistencial concreta de seus componentes, ou seja, espaço em que se viabiliza a

⁹⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 27-28.

⁹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas e Monogamia**, In: **Família e dignidade humana**, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.), Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 199.

incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. O modelo familiar não é importante, mas mero instrumento das pessoas que nele se inserem. Com isso, não se quer dizer, no entanto, que seja instrumento de realização do desejo ou de pulsões egoísticas de um indivíduo sobre o outro, mas sim de uma busca da felicidade compartilhada e coexistencial. Em suas próprias palavras:

A perspectiva eudemonista da Constituição se dirige à concretude da vida, e não a uma abstração. Não há uma tutela do lugar abstrato institucional, nem, tampouco, do indivíduo atomizado. Note-se que tomar a individualidade do sujeito de modo isolado das relações concretas que ele trava, a todo o momento, também é conduta tendente à abstração. Nesse sentido, a tutela jurídica à busca da felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual. Por evidente, não se trata o eudemonismo constitucional de busca hedonista pelo prazer individual, que transforma o outro em instrumento da satisfação do eu. Se a relação familiar pode ser vista como instrumento, os entes que a compõem não são objetos uns dos outros. Uma concepção desse jaez aviltaria a dignidade dos componentes da família, por meio da reificação. O dever ser da família impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus componentes.¹⁰⁰

No entanto, Ruzyk fala de algumas restrições ao amplo reconhecimento de efeitos jurídicos aos relacionamentos paralelos que devem ser feitas, não em abstrato, mas com base na casuística que se apresentar ao eventual julgador. Como o dever de proteção de cada entidade familiar implica que a família é um espaço de arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva de seus componentes, impõe-se analisar as manifestações de simultaneidade familiar também sobre uma perspectiva “que recolha eventuais repercussões juridicamente relevantes dessa situação de fato para os componentes que não integram aquela mesma entidade familiar – ou seja, para os que integram o outro núcleo que se põe em condição de simultaneidade.”¹⁰¹

Isso ocorre porque a proteção à realização dos desejos dos componentes de um desses núcleos poderia resultar em grave violação à dignidade dos integrantes do outro grupo. É assim, que o referido autor vê a imposição pelo ordenamento jurídico brasileiro de um dever de respeito à boa-fé objetiva também no âmbito do paralelismo afetivo:

¹⁰⁰ *Idem*, p. 207.

¹⁰¹ *Idem*, 209-210.

Isso implica dizer que o direito pode não proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoística do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, **mediante um proceder iníquo e desleal**, que frustra as expectativas de coexistência afetiva nutridas por conta da relação de conjugalidade entre eles mantida.

Do mesmo modo, aquele que, ciente de que está a manter relação de conjugalidade com pessoa que já compõe um núcleo familiar anterior, **procede de modo a desprezar qualquer dever ético perante os componentes da primeira entidade familiar**, pode não ter plenamente atendidas suas expectativas acerca de eventual chancela jurídica da relação por ele mantida, se essa eficácia vier a intervir na esfera jurídica dos membros do outro núcleo familiar.

O sentido ético que na análise do caso concreto pode obstar parcialmente a eficácia jurídica de uma situação de simultaneidade familiar pode ser inferido do princípio da boa-fé objetiva.¹⁰²

Perceba-se que, apesar de arrostar diretamente a questão da família como garantia institucional, utilizando-se da doutrina da boa-fé objetiva, o referido autor acaba voltando à mesma imposição de um dever ético de respeitar a relação constituída em primeiro lugar, acabando por privilegiar, por outros meios, o princípio monogâmico. Sua concepção já é um grande avanço no sentido da afirmação do paralelismo afetivo, uma vez que o requisito da boa-fé objetiva pode ser atendido em uniões não monogâmicas transparentes em que todos os componentes de cada núcleo afetivo simultâneo estejam plenamente conscientes de que mantêm um membro em comum e consintam livremente com esse fato. São os casos de poliamorismo, em que a ostensibilidade plena parece sugerir que a situação de simultaneidade satisfaz as legítimas expectativas de confiança e as pretensões de felicidade existencial de todos os envolvidos.

Sobre o poliamorismo, Pablo Stolze Gagliano nos fala:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

Segundo a psicóloga NOELY MONTES MORAES, professora da PUC-SP, “a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo”¹⁰³

¹⁰² *Idem*, 210.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) amante. Na teoria e na prática (dos tribunais). Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11500>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

Os casos de poliamorismo, em última instância, pressuporiam o reconhecimento de uma única família com três ou mais companheiros, o que certamente seria considerado escandaloso pelos arautos do pensamento jurídico tradicional e, de qualquer forma, envolveria uma profunda readaptação do Direito de Família em questões como guarda, parentesco, direitos e deveres comuns, além de implicar uma completa reformulação do sistema sucessório. Equacionar esta questão por meio do mecanismo das uniões estáveis simultâneas, por outro lado, permitiria superar de forma simples a maior parte dessas questões e permitiria que se prescindisse de uma abrangente reconstrução do direito posto, que necessariamente envolveria uma atuação legislativa nesse sentido, para a qual, por razões óbvias, não haveria, na atualidade, interesse político.

Recentemente, ganhou o noticiário, causando enorme polêmica, a lavratura da primeira Escritura Pública de União Poliafetiva no Brasil. Na cidade de Tupã, no interior paulista, três indivíduos, um homem e duas mulheres, que viviam em situação similar à de união estável, resolveram declarar essa união publicamente para a garantia de seus direitos. Um trecho significativo dessa escritura pública, lavrada pela tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues, declara que:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.¹⁰⁴

A escritura segue, tomando como modelo o regramento da união estável, para prever como regime patrimonial a comunhão parcial de bens. Decidiram, ainda, a qual dos companheiros caberia a administração dos bens. De resto, foram previstos os direitos e deveres de toda entidade familiar: assistência material e emocional, respeito mútuo e convivência harmônica, forma de dissolução da união.

Observe-se que os conviventes partiram do pressuposto de que haveria uma lacuna legal no regramento das uniões poliafetivas. Esse também foi o entendimento da tabeliã responsável pela referida escritura, a qual afirmou que: “[...] quando eles

¹⁰⁴ IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>. Acesso em 04/11/2012.

entraram em contato comigo, eu fui averiguar se existia algum impedimento legal e verifiquei que não havia. Eu não poderia me recusar a lavrar a declaração. O tabelião tem a função pública de dar garantia jurídica a conhecimento de fato”.¹⁰⁵

No entanto, como já se afirmou acima, é controverso se dizer que há uma lacuna legal no ordenamento brasileiro, em matéria de simultaneidade familiar. Embora a legislação civil não regulamente o concubinato, a própria previsão normativa desse instituto pode ser compreendida como uma regra de exceção, ou seja, uma maneira de escamotear essas uniões do campo do Direito de Família. E é, precisamente, essa compreensão do tratamento dado pelo Código Civil ao paralelismo afetivo que predominou no Supremo Tribunal Federal.

Já que é essa a postura do Judiciário, no que se refere às uniões paralelas, pelos mesmos fundamentos seria impossível reconhecer, como entidade familiar legítima, uma união a três. Aqui não haveria concorrência de uniões, mas uma única família estruturada em moldes não monogâmicos. De qualquer forma o império da monogamia é desafiado e, *a fortiori*, mantido o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a matéria, não haveria como se lhes estender, aos conviventes dessa união, o *status* de família.

O Professor José Carlos de Oliveira é dessa exata opinião. Para ele o documento é inválido “por contrariar frontalmente à Constituição”, e, segundo esse jurista: “A escritura em questão alterou de forma unilateral aquilo que já é tipificado pela lei, ou seja, que uma família é constituída por duas pessoas somente, sejam heterossexuais ou homossexuais. Fizeram um contrato de acordo com os interesses deles, que, se chegar ao STF, será prontamente julgado como ilegal”¹⁰⁶.

Observe-se que, como na Constituição, à primeira vista, não há vedação expressa à estruturação não monogâmica da família, tal afirmação, como a proferida por esse jurista, só se sustenta caso, na esteira da jurisprudência do Supremo, a família monogâmica seja compreendida como instituto garantido constitucionalmente.

E a razão dessa proteção de nível constitucional conferida à família monogâmica seria a de manter uma forma jurídica de família que seja reconhecível e

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ PUFF, Jefferson. **União Estável de Três Abre Polêmica Sobre Conceito Legal de Família**. http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120828_uniao_poliafetiva_abre_jp.shtml. Acesso em 04/11/2012.

identificável pela consciência da sociedade atual. O que seria o mesmo que dizer: uma forma que não atente contra a autocompreensão ética, supostamente, majoritária da comunidade política. Regina Beatriz Tavares da Silva reflete essa compreensão, quando se exprime, nos seguintes termos, sobre a validade da escritura pública sob comento:

É um absurdo. Isso não vai para frente, nem que sejam celebradas milhares dessas escrituras. É algo totalmente inaceitável, que vai contra a moral e os costumes brasileiros [...] É uma promiscuidade que envolve mais de duas pessoas. Classifico como poligamia, amantes, relações paralelas. É preciso usar os termos certos.¹⁰⁷

“Usar os termos certos” faz ecoar a ementa do precedente paradigmático do STF sobre a matéria, quando o ministro relator, Marco Aurélio de Mello, afirma que: [...] “sendo o direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.” Um nominalismo superficial, que esconde a verdadeira questão de fundo: se haveria sentido assegurar, com o instrumental do direito, a proteção a uma forma jurídica, para garantir algo além dos direitos fundamentais, cuja realização ela viabilizaria. Garantir, por exemplo, uma ordem de valores de uma forma de vida tradicional, em torno da qual se construiria um consenso ético mínimo, aparentemente exigido, como forma de integração social.

Em nome da segurança jurídica, impõe-se um reducionismo formalista, típico de todas as formas de argumentação que apelam a categorizações lógico-formais. A proteção abstrata conferida a um instituto jurídico, a família oficial com chancela prévia do Estado, que adotou a forma matrimonial, prevalece sobre a análise do caso concreto realmente em disputa, de efetivo paralelismo afetivo.

A tabeliã responsável por essa inovadora escritura sai em sua defesa e recorre a uma argumentação de fundo liberal. No entanto, acaba escorregando na armadilha de impor juízos éticos sobre a vida familiar boa:

O fato de eles [os outros indivíduos] viverem de tal jeito não afeta a minha vida, é a liberdade privada deles. Gostaria que fosse muito simples: você vive como quer, do jeito que quer, não afeta a vida dos outros, e ninguém tem que se intrometer. Mas a realidade no Brasil, como nós sabemos, não é essa [...] No Brasil ainda se pensa muito de forma individual. Se algo não é bom para mim, não é bom para ninguém. Tudo bem, eu continuo não querendo para mim, mas eles não me afetam, vivendo em três, ou em cinco. Agora me afetam, por exemplo, quando fazem de conta que têm um casamento

¹⁰⁷ *Idem.*

maravilhoso mas têm dois amantes, três amantes. Isso me afeta, fazer de conta que não sei.¹⁰⁸

A incoerência comportamental dos que propugnam pela manutenção da exclusividade do modelo monogâmico de família não é a questão de fundo relevante para esse debate, embora a percepção dessas contradições, em certa medida é indispensável para escapar da reprodução do discurso de senso comum sobre o assunto. Não se trata de eleger aqui quem verdadeiramente está agindo eticamente ou qual seria a verdadeira forma de vida familiar superior. A defesa que faz sentido, no paradigma de um Estado Democrático de Direito, no qual impera o “fato do pluralismo razoável” é a de que todas as opções de autorrealização ética passíveis de convivência pacífica no contexto de uma sociedade diferenciada e descentralizada têm igual valor, não devendo o Estado, com o código do direito, atribuir a nenhuma delas a condição de superioridade hierárquica.

Maria Berenice Dias, que já se posicionou sobre o assunto, manteve a sua opinião já anteriormente apresentada nesse trabalho, de que não existiria uma imposição constitucional da monogamia: “O princípio da monogamia não está na constituição, é um viés cultural. O código civil proíbe apenas casamento entre pessoas casadas, o que não é o caso. Essas pessoas trabalham, contribuem e, por isso, devem ter seus direitos garantidos. A justiça não pode cancelar a injustiça.”¹⁰⁹

Aqui cabem as críticas já feitas à impropriedade de se falar de um princípio da monogamia. O termo princípio, aqui empregado no sentido clássico de pressuposto orientador de um ordenamento jurídico, não se pode confundir com o princípio jurídico que é uma norma. Os princípios são direitos e a monogamia é um valor de fundo majoritário. O emprego dessa teoria axiológica que faz direitos subjetivos e valores comunitários concorrerem no nível de aplicação do direito subverte a lógica específica do sistema jurídico, gerando arbitrariedade e insegurança jurídica. Partindo-se dessa concepção, os direitos seriam ponderáveis com outros bens jurídicos. O balanceamento entre um valor de hierarquia infraconstitucional, a monogamia, e princípios de fulcro constitucional, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, penderia no vetor final, para esses últimos.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>. Acesso em 04/11/2012.

Já se disse que, no momento da produção do direito, na normogênese, no plano legislativo, é recomendável, que concorram tanto argumentos de fundo moral e apelo universal (de justiça), quanto razões pragmático-políticas, bem como apelos de fundo ético, de formação da identidade de grupos presentes na sociedade. No entanto, quando se está em face de um caso concreto, que precisa ser decido pelo operador do direito, essa impregnação ética e política do discurso jurídico é perniciosa e precisa ser evitada. O Judiciário, mesmo em sede de Jurisdição Constitucional, é o *locus* natural e necessário da aplicação do direito e não da justificação normativa. Na lição de Cattoni:

Os princípios, enquanto normas, diferenciam-se dos valores justamente porque se estabelecem um vínculo de obrigatoriedade e não de preferência ou de conveniência. Princípios estabelecem o que é devido e não o que é preferível. Enquanto tal, possuem um código binário e não gradual, não podendo ser cumpridos em maior ou menor extensão. Além disso, essa posição confunde a perspectiva argumentativa do processo jurisdicional com a perspectiva argumentativa do processo legislativo. Enquanto nesse último se colocam questões que venham, justamente, a justificar a validade das normas, naquele se coloca a questão acerca da adequabilidade de uma norma à solução do caso concreto. Dizer que os princípios se distinguem de regras porque eles colocam, em seu processo de aplicação, questões de peso ao lado de questões de validade, que lhe possibilitam um cumprimento gradual, nada diz acerca da sua adequabilidade. Ao final, ao se reduzir o Direito a valores, aumenta-se o risco de irracionalidade no processo jurisdicional de controle, transformando-o uma instância político legislativa que se sobressairia ao próprio legislador democrático.¹¹⁰

Quando Maria Berenice Dias se bate pelo reconhecimento das uniões poliafetivas, valendo-se de uma concepção axiológica dos direitos, em tudo similar a dos juristas aos quais se opõe, corre o risco de incorrer no seu mesmo erro e fazer os valores comunitários competirem, em igualdade, com os direitos. Melhor seria que ela se ativesse a um vocabulário de teor liberal como quando afirmou, referindo-se ao mesmo evento que analisamos, que: [...] Temos que respeitar a natureza privada dos relacionamentos e aprender a viver nessa sociedade plural reconhecendo os diferentes desejos”.¹¹¹

2.11. A Boa-Fé Objetiva e o Paralelismo Afetivo

¹¹⁰ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**, p. 197.

¹¹¹ IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>. Acesso em 04/11/2012.

É uma tônica bastante comum dos autores mais progressistas que enfrentam esse tema o equacionamento da questão com o instrumental da teoria da boa-fé objetiva. Parece ser uma tentativa de conciliar essa modalidade de agrupamento com motivos familiares à dogmática civilista. É nesse contexto que Renato Asamura Azevedo e Antônio Riulli Neto chegam a postular que:

O que nos parece é que a resposta para boa parte das situações está na boa-fé, princípio que rege o nosso sistema. [...] em todos os casos de poliamorismo ou paralelismo afetivo, somente se configurará paralelismo familiar nas situações em que houver realmente o paralelismo na intenção de formação de vida conjunta e naquelas em que houver colaboração mútua.¹¹²

A prática é muito mais complicada que os seus parâmetros de interpretação. Raramente a boa-fé é facilmente visualizada nos casos concretos e, embora seja presumida, normalmente a sua discussão dará ensejo a dificultosas produções de prova. Ademais, há casos em que mais de um núcleo afetivo se constitui, nos quais o integrante da união constituída em momento posterior não tem como ser leal com os componentes da primeira união, por estar em situação de franca vulnerabilidade e dependência econômica em relação ao membro comum. O que não implica, necessariamente, a clandestinidade dessa segunda relação que pode ser pública no contexto social em que está inserida (imaginemos núcleos afetivos mantidos em municípios diferentes). Assim, como já referido, a exigência de boa-fé termina, por caminhos tortos, a impor o dever de monogamia.

2.12. Uma nova garantia do instituto da família?

Há ainda os que propõem uma revisitação da teoria das garantias institucionais, mais adequada à interpretação do Direito no paradigma do Estado Democrático, em que a autonomia privada e a autônoma pública, a liberdade e a igualdade, são consideradas co-originárias ou equiprimordiais, conciliando-se a segurança da forma do direito com sua abertura procedimental.

¹¹² **Parentesco socioafetivo na família caleidoscópio.** Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em 09/04/2012.

Sobre essa versão contemporânea das garantias institucionais Márcio Iório nos fala:

Refletem uma dupla função: elas objetivam conteúdos jurídicos, enquanto referência dinâmica de evolução do sistema, e, com isso agem como elemento instituidor; por outro lado, elas preservam um conteúdo já assimilado e objetivamente cristalizado, e com isso atuam como elemento instituído (*eingerichtet*). O essencial em seu conceito está justamente em não transigir com o aparente antagonismo dos dois momentos, e, com isso, pretende promover-lhes uma coexistência pacífica. A teoria institucional transmite a constatação de que os momentos instituidor e instituído não podem prescindir um do outro. A existência de cada qual depende de sua abertura periódica à ingerência de seu antagonico. Se a função da constituição é a de dar estabilidade às instituições, mas se tal estabilidade não resulta estática, ela deve ser reconhecida em seu dinamismo.¹¹³

Na sua concepção originária, as garantias institucionais eram conceptualmente distintas dos direitos fundamentais, embora a eles pudessem estar sobrepostas, razão pela qual propiciavam a sua conformação ao contexto e a delimitação de suas fronteiras. Elas possuíam “um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos”¹¹⁴, ou seja, as destinatárias de sua proteção eram as próprias instituições como realidades sociais objetivas, só, indiretamente, assegurando direitos individuais.

Já a nova leitura das garantias institucionais pretende contemporizar o seu aspecto socializante e objetivante dos direitos com a liberdade e autonomia individuais. Dessa forma, o instrumental teórico das garantias institucionais estaria apto a manter a sua utilidade operacional em um contexto pluralista, participativo e multicultural. Resumindo a evolução doutrinária que desaguou nessa versão atualizada da teoria de Schmitt, Bonavides nos diz:

O Estado Social produziu, porém vínculos entre as instituições e os novos direitos fundamentais mediante renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos gravitarem quase todos na órbita social. E a teoria das garantias institucionais não pôde desfazer-se dos laços que a prendem aos direitos fundamentais, sem embrago de todo empenho havido em separar direitos e garantias.

Essa conexidade só deixaria de existir e de ocorrer se baníssemos das garantias institucionais as garantias do instituto. Mas esse expurgo não é

¹¹³ ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**, p. 197-198.

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª edição, Coimbra, 1991, p. 438.

fácil, nem todos o aceitam. São as garantias do instituto que formam o componente institucional dos direitos fundamentais.¹¹⁵

Com a consciência de que é exatamente no campo das garantias do instituto que a interdependência entre os direitos fundamentais e as garantias institucionais sobressai, alguns juristas estão trabalhando no sentido de calibrar a garantia do instituto da família com os direitos fundamentais da liberdade afetiva, da dignidade humana e da busca da felicidade, afirmados pela nova ordem constitucional. Essa tentativa necessariamente implica a superação do paradigma do matrimônio como forma perfeita e ideal de uma entidade familiar. Mas não somente isso.

Já vimos a tentativa de Ruzyk nesse sentido, mas não se trata de uma iniciativa isolada. E nem mesmo de um esforço doutrinário sem eco jurisprudencial. Na realidade, no recente *landmark case* das uniões homoafetivas (ADPF 132) o Ministro Luiz Fux em seu voto no sentido do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares propõe uma verdadeira reformulação da concepção da família como garantia do instituto, nos seguintes termos:

Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a família, como base da sociedade tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma garantia institucional [...] A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. [...] a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício dos direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à promoção e à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinhamento dos direitos fundamentais.¹¹⁶

A leitura do Ministro Fux é, à primeira vista, uma subversão do conceito das garantias institucionais, pois, de fato, se um instituto for despido de toda a sua materialidade, ou seja, de qualquer conteúdo objetivado e cristalizado na sua evolução histórica, o seu elemento institucional desaparece e ele sobrevive como mera forma

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 545-546.

¹¹⁶ BRASIL, STF, ADPF 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011 [grifos nossos].

disponível aos interessados em dele se valerem. Entretanto, mais adiante em seu voto, o Ministro pergunta o que caracterizaria do ponto de vista ontológico, essencialmente, a família e apresenta a seguinte resposta:

O que faz a família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro da vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.¹¹⁷

Assim, algumas linhas adiante, o Ministro Fux ressuscita a garantia institucional da família, que ele havia acabado de anular, reconhecendo-lhe um novo conteúdo, mais adequado ao seu contexto, mas ainda assim, atribuindo-lhe uma “essência”, não se sabe se “natural” ou transitória e historicamente determinada. Veja-se que esse conceito de família engloba não apenas as uniões homoafetivas, como era o propósito do caso em questão, mas pode servir também para incluir no âmbito de proteção constitucional as situações de paralelismo afetivo. Toda a questão se resume a encontrar em cada uma das uniões conduzidas simultaneamente os elementos constitutivos da família: a comunhão, o amor familiar e a identidade.

Para identifica-los há alguns sinais da experiência comum, mas esses são apenas indícios, afinal todos podem amar livremente contanto que assumam responsabilidade pelas legítimas expectativas geradas pelo seu afeto. Esses sinais seriam: o respeito e a assistência mútuos, a publicidade, a estabilidade a durabilidade, dentre outros. Observe-se ainda que, em nenhum momento, nesse novo conceito de família como garantia institucional se impõe o dever de monogamia e também que ele não privilegia a forma do casamento.

Na interpretação do voto do Ministro Fux, podemos visualizar o emprego das garantias institucionais a partir de uma perspectiva evolutiva. Em cada momento histórico e em cada paradigma de interpretação constitucional os institutos assumiriam um conteúdo, que lhes foi historicamente legado e, portanto, não representaria uma inovação do arbítrio jurisprudencial, mas que, ao mesmo tempo, resultaria na melhor

¹¹⁷ *Idem* [grifos nossos].

compatibilização das liberdades individuais com os imperativos da segurança jurídica. O equilíbrio atualizado e atualizável entre a forma do direito e a luta incessante de afirmação identitária individual e das liberdades construídas coletivamente na coexistência em sociedade. Na síntese de Márcio Iório, do que foi colocado até agora:

As garantias institucionais comportam, ainda, uma dupla função, por um lado, *atualizadora e materializadora de conteúdo*, em virtude da bagagem teórica de que foi fruto, e por outro lado, uma função *protetora da essência dos direitos fundamentais*, como decorrência lógica de sua assimilação de conteúdo jurídico. O institucional é *equilíbrio e interação*, e, por isso, as garantias institucionais não podem ser simplesmente, como também não podem deixar de ser proteção às formas instituídas. Para preservarem o instituído, têm de dosar sua manutenção e sua transformação de forma ponderada.¹¹⁸

2.13. A teoria das garantias institucionais vale a pena?

Retomemos, com Anabitarte, a concepção originária das garantias institucionais, para introduzir uma questão fundamental:

Como sabemos, al todopoderoso legislador de Weimar se le quiso poner un límite por medio de garantías institucionales (el legislador no puede eliminar la propiedad como un instituto jurídico privado, con sus principios tradicionales). Solamente esta tradición explica que la propiedad se siga calificando como instituto jurídico garantizado constitucionalmente, cuando el límite al legislador es evidente ya para todos los derechos fundamentales, incluida la propiedad (art. 19.2 *Grundgesetz* y 53.1 CE). La tradición y también la existencia de una organización o complejo normativo, así como una realidad social – como es el caso de la propiedad o de la familia –, anteriormente formados y por ello “encontrados”, situación de hecho y normativa que no existe en otros derechos fundamentales (la libertad de expresión, de reunión etc.), es lo que explica que la doctrina alemana destaque en determinados derechos fundamentales la existencia de institutos jurídicos garantizados constitucionalmente. ¿Pero qué se gana con esto?¹¹⁹

A pergunta não poderia ser mais pertinente: valeria a plena o transplante doutrinário consistente no emprego da teoria das garantias institucionais? Não seria essa uma técnica ultrapassada e que envolveria grandes riscos para os direitos subjetivos?

¹¹⁸ ARANHA, M. I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, p. 199.

¹¹⁹ ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)*, p. 74.

Que seja feita justiça histórica à teoria das garantias institucionais. Sabe-se que ela surge, com a nobre destinação de fazer frente ao positivismo legalista. Hoje, no entanto, o perigo surge em sentido diverso, porque, com o instrumental da garantia institucional, pode ser esvaziado de conteúdo o direito subjetivo que subjaz a uma determinada instituição.

A doutrina alemã e, em grande medida, a espanhola refletem esse risco. Tem ocorrido na doutrina desses países a caracterização de inúmeras situações de fato, realidades sociais, como garantias institucionais, levando-se ao surgimento de um “sistema de garantias institucionais” que ameaça competir com o “sistema de direitos fundamentais”. É preciso lembrar que a garantia institucional deve ser entendida como tendo uma função secundária em face do direito subjetivo fundamental ao qual possa estar relacionada. As garantias institucionais, quando se sobrepõem aos direitos subjetivos, existem segundo esses direitos, nos quais se baseiam.¹²⁰

Apesar de sua potencial utilidade para a ampliação das formas de vida afetiva reconhecidas pelo Direito, nos termos do que apontou o voto do Ministro Fux, a teoria das garantias institucionais, mesmo em sua renovada e reconstruída manifestação, pode não conseguir se libertar da carga autoritária e homogeneizante que adquiriu no seu desenvolvimento histórico.

Na realidade, o extraordinário dispêndio conceitual e expositivo necessário para tratar de demonstrar a “peculiaridade do conteúdo” e o “efeito de proteção da teoria das garantias institucionais”¹²¹, bem como para adaptá-la ao contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, das sociedades multiculturais e hipercomplexas da contemporaneidade, não se justifica pelos resultados alcançados. A hermenêutica dos direitos fundamentais sai mais beneficiada caso se abandone este caminho e se reconheça que os direitos fundamentais são, principalmente, direitos subjetivos, inerentes à dignidade da pessoa humana e, por isso, invioláveis, não competindo com valores.

Aliás, mesmo para os que compreendem os direitos fundamentais da perspectiva de uma teoria institucional-axiológica, que enxerga os direitos como valores superiores e fundamento de todo ordenamento jurídico, lhes visualizando um perfil objetivo, paralelo ao seu perfil subjetivo de liberdades públicas, não se faz necessária a

¹²⁰ *Idem*, p. 69.

¹²¹ *Idem*, p. 97.

categoria da garantia institucional. O vocabulário típico de uma concepção institucional dos direitos fundamentais dispensa esse transplante conceitual de uma construção dogmática cujo alcance espaciotemporal foi deveras exagerado nos últimos tempos. Na síntese de Anabitarte:

[...] los derechos fundamentales, son evidente y principalmente unos derechos subjetivos, cuyos titulares son los hombres y expresan la capacidad de libre decisión que tiene el ser humano en el moderno Estado constitucional, y que en el caso de ser lesionada otorga al ciudadano un derecho de defensa y de resarcimiento frente al Estado. La novedad en las últimas décadas es haber detectado que estos derechos fundamentales, o libertades públicas, no sólo son derechos subjetivos, sino que también son principios o valores fundamentales del ordenamiento jurídico, y de esta afirmación se deduce la obligación del estado de proteger, de dictar normas que permitan el ejercicio de esos derechos o libertades públicas, e incluso verdaderos derechos subjetivos a prestaciones; utilizando las categorías de Jellinek, el *status negativus* y el *status positivus* no aparecen en la Constitución instituciones de las que se puede en algunos casos deducir que están garantizadas como tales por la Constitución, y que suponen un límite a la discrecionalidad del legislador. No hay más, si no se quiere ser dominado por el lenguaje y los conceptos, en lugar de dominarlos.¹²²

Além disso, ainda uma a nova teoria constitucional das garantias institucionais deve pressupor que um conteúdo objetivo possa estar contido em formas jurídicas, impregnando-as e condicionando a sua aplicação. Ainda que admita que esse conteúdo mude, que o sentido objetivo do Direito se altere, incorporando novos sentidos, com o passar do tempo e com a complexificação social, essa concepção, mesmo que só por um determinado período, pressupõe a existência de um conteúdo fixo determinável e único de um dado instituto e, por consequência, dos direitos que ele conformaria.

Neste ponto sempre residirá o perigo da homogeneização, da subordinação do direito a uma ética monista, da instrumentalização das garantias institucionais por uma maioria historicamente privilegiada que assumisse os valores propalados por sua forma de vida tradicional como a melhor representação contextualizada do sentido objetivo do direito e com isso pretendesse, não mais inviabilizar a mudança social, garantindo a imutabilidade de sua precedência na hierarquia da ordem de valores imposta pelo direito, mas dificultá-la e direcioná-la.

Ao longo deste trabalho, criticou-se, com veemência, a concepção axiológica que permeia a argumentação das cortes superiores brasileiras no que se refere aos casos

¹²² *Idem ibidem.*

nos quais se configuram situações de simultaneidade familiar. É preciso se compreender, com precisão, o alcance dessa crítica. Não se está procurando defender que o direito deve ser indiferente a questões éticas. Isso representaria, em grande medida, um retrocesso. O positivismo legalista e formalista de cariz kelseniano proclamou uma separação radical entre a ciência do direito e o universo ético.

O legalismo se pretendia moralmente relativista e neutro no campo da ética. A derivação lógica de validade das normas jurídicas que compunham o ordenamento, entendido como sistema de regras, por meio de uma cadeia de imputações, com início na norma fundamental, se propunha a equacionar o problema da legitimidade do Direito ao, simplesmente, projetá-lo para fora do âmbito das questões jurídicas, que se restringiriam a uma análise de subsunção e pertinência normativas. O espaço vazio deixado pelas lacunas legais, no entanto, dava ensejo ao autoritarismo corporativo dos operadores autorizados do direito. No final das contas, o positivismo, que tinha alergia à impregnação ética do direito, possibilitou, com seus espaços de discricionariedade ou zonas de penumbra, a confusão do direito com os valores do aplicador do direito, que, em muitas ocasiões era, como o legislador, um produtor originário de direito.

Hoje, amadureceu a compreensão de que a impregnação ética dos ordenamentos jurídicos é inevitável e grande parte das disputas políticas nas sociedades contemporâneas corresponde a um conflito entre grupos minoritários, com a sua identidade coletiva particular, buscando sobreviver e evitar a sua assimilação e desaparecimento, e a cultura majoritária. Na síntese de Habermas:

Já que questões ético-políticas são um componente inevitável da política, e já que as respectivas regulamentações dão expressão à identidade coletiva da nação de cidadãos do Estado, é muito plausível que a partir delas se desencadeiem batalhas culturais nas quais minorias desprezadas passem a defender-se contra a cultura majoritária e insensível. O elemento propulsor dessas batalhas não é a neutralidade ética da ordem jurídica estatal, mas sim a inevitável impregnação ética de cada comunidade jurídica e de cada processo democrático de efetivação dos direitos fundamentais. Disso dão testemunho, por exemplo, as garantias institucionais de que usufruem as igrejas cristãs em Estados como a República Federal da Alemanha – apesar da liberdade religiosa –, ou então a recentemente discutida garantia de *status* diferenciado que a Constituição Alemã concede à família, diversamente do que ocorre com outras parcerias similares ao casamento.¹²³

¹²³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**, p. 254.

Como o próprio Habermas sugere na passagem citada, a disputa entre as diversas formas de vida familiar que não seguem o padrão legado pela tradição e a forma de vida familiar historicamente privilegiada é um aspecto bastante típico do processo de efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas. Esse processo só pode ter prosseguimento, à medida que essa impregnação ética vai sendo reflexivamente transformada e a ordem constitucional passa a incorporar mais e mais identidades e sujeitos de direitos.

Essa transformação é possível porque o processo político nas sociedades atuais, não se resume a um processo de autorrealização ética, assim como a Constituição não se reduz a uma ordem concreta de valores.

A legitimidade do direito e a integração social que ele possibilita não arrancam mais da força da convergência de convicções morais e razões éticas, “mas dos pressupostos comunicativos e dos processos de justificação normativa que possibilitam o aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a possibilitar a seleção dos melhores argumentos”.¹²⁴

É preciso compreender que o problema da integração social pelo direito, na atualidade, só pode ser enfrentado pelos próprios membros da comunidade de princípios à medida que instauram e dão seguimento a um processo de busca cooperativa de condições recorrentemente mais justas de vida. Nesse processo, que pressupõe o engajamento dos envolvidos, dá-se vazão não somente a questões relativas a sua autocompreensão ético-política, ou a seus interesses pragmáticos, mas também à sua autodeterminação prático-moral.

O livre fluxo dessas questões se torna possível pela institucionalização jurídica de canais de comunicação e de negociação político-pública. A concorrência de razões éticas, morais, de coerência jurídica, e de razões pragmáticas, informa e conforma o processo legislativo de justificação das normas e o processo jurisdicional de aplicação do direito democraticamente fundado. Nesse último plano, entretanto, é preciso lembrar-se que as razões valorativas de fundo comunitário nunca devem prevalecer sobre os direitos fundamentais, sob a pena de se anular a autonomia privada.

Ainda uma vez recorremos a Cattoni, o qual nos explica que:

¹²⁴ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**, p. 169.

Com isso, também, o conceito de Estado de Direito, enquanto organização política moderna, não pode mais ser pensado a partir de um conceito naturalizado de nação ou de nacionalidade, via cor, raça, ancestrais comuns ou mesmo lugar de nascimento comuns (na tradicional distinção entre *ius sanguinis* e *ius soli*), mas a partir de um conceito contemporâneo de cidadania, não mais compreendida como condição daquele que seria membro natural de uma comunidade ética e política concreta, que compartilharia um mesmo e único ideal de vida boa, mas como sinônimo de titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através dessa institucionalização de procedimentos capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico-normativa e a execução de programas e de políticas públicas, sem impor um único modelo de vida boa, embora estes devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a possibilidade de realização de um projeto cooperativo de fixação de condições de vida recorrentemente mais justas.¹²⁵

Essas considerações nos permitem afirmar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina e jurisprudência majoritárias, no Brasil, no que se refere a não atribuição de *status* de família ao paralelismo afetivo, é inconstitucional.

O exercício do controle de constitucionalidade objetiva a garantia das condições procedimentais para o exercício da autonomia jurídica pelos cidadãos, viabilizando a realização do processo democrático e a emergência da legitimação pela via da legalidade. As questões postas no controle de constitucionalidade não são questões de Estado. O Supremo Tribunal Federal não deve atuar com base em fundamentos meramente ético-culturais, utilizando-os para negar direitos.

O controle de constitucionalidade é atividade de aplicação do direito, mais precisamente, de aplicação da Constituição aos casos concretos sob a análise judicial. O Supremo Tribunal Federal não é um legislador negativo, sua tarefa não é a de justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas a de garantir direitos fundamentais reafirmando as condições do exercício das autonomias: pública e privada, pelos cidadãos.¹²⁶

Essa é a tarefa constitucional do STF, tanto em sede de controle difuso, quanto pela via principal. Quando não age dessa maneira, mas funciona como verdadeiro produtor originário de direito, criando e delineando direitos, em vez de afirma-los, alçando-se à posição de um tutor de uma sociedade incapaz de se autogovernar, o STF trai o seu mandato constitucional.

¹²⁵ *Idem*, p. 130.

¹²⁶ *Idem*, p. 172.

Além disso, a decisão do STF no RE nº 397.762/BA, afirmando uma visão axiológica dos direitos, produz, precisamente, o que procurara evitar: insegurança jurídica. Buscando escapar da “babel dos conceitos”, acaba por abrir ensanchas a uma “babel de valores”, extraídos pelo intérprete autorizado da sua leitura da decisão originária do legislador constituinte. A *mens legis*, filtrada pela *mens judicis*, dita a norma da vida boa.

2.14. O Direito entre segurança jurídica e liberdade

Tradicionalmente, o discurso judicial, como modalidade do discurso dogmático, no sentido de Tércio Sampaio, é entendido como necessariamente impregnado de valores. Para manter a sua força persuasiva, esse discurso precisa fazer crer ao interlocutor que são os valores da comunidade que estão em jogo e não os do julgador. Antes ainda, para verdadeiramente exercerem a sua função persuasiva, os valores devem ser neutralizados. É preciso que se construa a argumentação como se os valores fossem derivação dos fatos, naturais, independentes de qualquer base intersubjetiva, livres de qualquer vinculação a contextos ou situações específicas. Essa transformação só é possível com a ideologia.¹²⁷

Buscando esclarecer a função da ideologia na dogmática jurídica, há mais de trinta anos, Tércio trabalhava com um exemplo particularmente interessante para os fins dessa pesquisa:

A ideologia atravessa, pois, em vários planos, a Dogmática Jurídica. Consequentemente, ela cria condições para a realização de suas funções sociais. A assimilação de pontos de vista ideológicos propicia o encobrimento dos problemas na medida em que faz com que certos conflitos não sejam vistos como problemas. Isto é típico nos casos de preenchimento de lacunas, quando certas situações passam do plano do proibido para o plano do permitido. Assim, por exemplo, a percepção num momento histórico, de que a proteção ao concubinato [em sentido amplo] era uma exigência de justiça, inerente ao ordenamento (pois a concubina afinal partilha com o seu parceiro de sucessos e fracassos comuns), só tem sentido quando o universo de expectativas ideológicas referentes ao sentido monogâmico da família sofre conturbações. Antes disso, a ideologia vigente não autorizava o jurista a ver a situação da concubina como um problema, ainda que os conflitos daí resultantes transparecessem. De certo modo, portanto, a ideologia não só

¹²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 187.

esconde os problemas como, também, neutraliza a busca de soluções para eles.¹²⁸

Nos termos desse jurista, a mudança da ideologia que impregna a dogmática jurídica, acompanhando as mudanças sociais, permitiria ao Direito se adaptar às transformações constantes, evitando rupturas radicais, ou antes, sem aparentar grandes alterações no quadro jurídico. A dogmática jurídica deveria refletir a ideologia da comunidade e inspirar a decisão judicial, como manifestação dessa, sempre viva, ideologia.

Trata-se de uma visão ainda presa ao paradigma do Estado Social, que dá excessivo destaque ao papel do jurista, como membro da burocracia estatal, ao qual caberia delinear aos cidadãos clientes qual a sua atual visão de mundo, com base em que valores a sociedade está fundada e quais direitos/bens seria justo distribuir. É também uma visão que não contempla a garantia da autonomia pública e privada às minorias éticas, que não partilham dos valores que comporiam a ideologia majoritária. Afinal, em uma sociedade diferenciada e plural dificilmente existiria uma única visão de mundo sobre qualquer assunto. Aqui, novamente, a liberdade individual é sacrificada à segurança jurídica. Entenda-se segurança dos valores de um ordenamento jurídico e não de direitos.

Além de inadequada, essa preocupação exagerada com a segurança jurídica é inútil. Esquece-se que o respeito pela segurança jurídica não impõe um controle do sentido da mudança. Essa é uma pretensão autoritária. A abertura procedimental da Constituição permite a permanente inclusão de todas as formas de vida compatíveis com uma cultura política liberal e pluralista. A forma como se dá a alteração da sociedade nesse processo é incontrolável e a subversão das ordens valorativas, imprevisível.

Caso a teoria das garantias institucionais pretenda projetar a evolução da sociedade por meio da redução da velocidade da mudança valorativa e de seu direcionamento, estará fadada ao fracasso. O máximo que a forma do Direito pode exigir é o respeito aos direitos fundamentais, como condição para assegurar a autonomia jurídica dos cidadãos, mas nunca a manutenção de valores sociais, em detrimento da liberdade individual, até porque esses valores, em uma sociedade hipercomplexa, são

¹²⁸ *Idem*, p. 191-192.

tantos quantos são as formas de vida que devem conviver em situação de igualdade perante o direito.

Além disso, o constitucionalismo das sociedades contemporâneas deve ter consciência de que a própria garantia do elemento institucional do direito pressupõe a participação ativa e a mobilização de todos os interessados, dos cidadãos que são destinatários e produtores do direito. O institucional é antes de tudo o resultado da prática jurígena dos próprios agentes de transformação. Somente quando a prática constitucional dos cidadãos está mobilizada as instituições estatais funcionam a contento e o sistema de direitos mantém a sua legitimidade. O elemento instituidor do direito é o seu vetor no movimento incessante da atualização da legítima organização social da liberdade.¹²⁹

3. Epílogo: A dignidade do paralelismo afetivo

Observou-se, nesse trabalho, que o Poder Judiciário não reconhece os núcleos afetivos simultâneos como entidades familiares legítimas. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 faria diferença entre “família oficial” e “família informal”. A presença de um segundo núcleo afetivo desestabilizaria o constituído em primeiro lugar, o que impossibilitaria o seu reconhecimento enquanto entidade familiar. Da norma constitucional do Art. 226, § 3º da CF, que, em sua parte final, prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, o intérprete da Suprema Corte extraiu não somente uma faculdade, mas um mandamento e um programa. É vocação de toda união estável transformar-se em casamento. Quando uma união não pode ser convertida em casamento, porque não há a observância da norma monogâmica, essa união, automaticamente, deixa de ser estável. Pelo mesmo fundamento, veda-se o reconhecimento de duas ou mais uniões estáveis simultâneas.

O companheiro da união formada em segundo lugar, tratado como concubino, só tem como alternativa judicial postular a partilha dos bens para cuja aquisição tenha concorrido, provando a existência de uma sociedade de fato ou ainda requerendo a indenização pelos “serviços prestados”, pelo tempo da união.

¹²⁹ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**, Editora Brasiliense, São Paulo, 2007, p. 86.

Os reais motivos do tratamento discriminatório conferido pelo STF às famílias paralelas não são revelados pela linha argumentativa adotada pelo Tribunal. Para trazer à consciência essa fundamentação oculta e propiciar a sua crítica democrática, procurou-se investigar a fundo a teoria das garantias institucionais. A teoria das garantias institucionais, criação da dogmática publicista alemã, fornece subsídios para que se desvele a base profundamente axiológica e autoritária da argumentação empregada pelo STF.

A garantia institucional é uma construção dogmática que permitiria a conservação da essencialidade ou substantividade, ou antes, do conteúdo mínimo dos institutos previstos na Constituição. As garantias institucionais, como os direitos fundamentais, funcionam como barreiras frente ao Estado e aos particulares, mas esses não são conceitos interdependentes. Em tese, um instituto poderia ser juridicamente garantido independentemente da sua utilidade para a realização de direitos individuais.

A justificativa da existência das garantias institucionais, quando estas não estão atreladas a direitos fundamentais, é que elas viabilizam a manutenção e a conservação de valores elementares, imprescindíveis para a construção da autoimagem e da identidade de uma determinada comunidade. A teoria constitucional das garantias institucionais é o fundamento não elaborado da argumentação do STF para recusar eficácia ao paralelismo afetivo. O entendimento majoritário dessa Corte pressupõe que a família, como instituto juridicamente garantido pela Constituição, mantenha sempre uma imagem ou forma socialmente reconhecível. Qualquer alteração que violasse os elementos estruturais ou o núcleo essencial do instituto da família seria, automaticamente, considerada inconstitucional, não tendo guarida no ordenamento jurídico.

O STF entende que a garantia institucional da família pressupõe, como um seu elemento estrutural, a manutenção da forma monogâmica e a fidelidade entre os cônjuges entendida como exclusividade sexual. O entendimento do STF resulta em uma hierarquização das entidades familiares. O casamento, a família oficial, que serve de modelo estrutural para as outras famílias, é visto como a forma suprema da família como garantia institucional. O resultado dessa interpretação, na prática, é o favorecimento da entidade identificada pelo sentimento majoritário da comunidade política e pela tradição como a melhor forma de vida familiar: a união monogâmica com chancela prévia do Estado.

A assimetria do tratamento legal conferido a cada um dos relacionamentos afetivos simultâneos, o legitimado pela forma do casamento e o espúrio, paralelo à família oficial, tem, como objetivo último, a proteção do patrimônio familiar, entendido este no sentido material e simbólico. Interesses econômicos e susceptibilidades de um núcleo familiar se sobrepõem ao próprio reconhecimento da dignidade do outro, como *locus* de realização afetiva.

A redução das uniões familiares constituídas em segundo lugar ao *status* de concubinato gera extrema iniquidade econômica, deriva de uma discriminatória imposição valorativa e, normalmente, vitimiza a mulher, companheira da união informal. A prevalência da família oficial, sobre as famílias paralelas e do casamento sobre as outras entidades familiares, resultante da atual postura do STF, é inadmissível. Viola o princípio da isonomia das entidades familiares, o da busca da felicidade e da dignidade da pessoa humana.

Uma visão reformulada da garantia institucional da família, mais abstrata e que não a vinculasse ao padrão monogâmico, patriarcal e heteronormativo da tradição do Direito brasileiro poderia reconciliar a teoria das garantias institucionais com o reconhecimento judicial de uniões paralelas. O voto do Ministro Fux na ADPF 132 traz subsídios para a construção de um conceito do instituto da família mais adequado ao pluralismo contemporâneo. Para ele a família é amor, comunhão e identidade. Esses elementos abstratos são a única essencialidade que se poderia exigir para a configuração de uma entidade familiar.

Uma nova teoria das garantias institucionais, que incorporasse uma mais atualizada concepção de família, como a acima referida, poderia servir para equacionar o problema das famílias simultâneas, mas, dificilmente, superaria a sua historicamente legada carga autoritária e homogeneizante. Em verdade, ao final, chega-se à conclusão de que o extraordinário investimento conceitual e expositivo para tentar adaptar a teoria das garantias institucionais a um contexto democrático e liberal não é compensado por seus resultados.

Um marco teórico liberal e secular que partisse de uma perspectiva não monolítica da família, fundada na liberdade de estruturação do afeto, dispensaria o instrumental das garantias institucionais. Aos cidadãos, destinatários e produtores das normas, é que deve caber a organização livre e responsável de suas relações de afeto. Todas as modalidades de família, pela importância que essas formações assumem na

vida das pessoas, como espaço de realização afetiva, merecem proteção. A garantia da família não deve servir para hipostasiar valores hegemônicos de uma forma de vida tradicional.

A ampla liberdade de estruturação do afeto não pode significar irresponsabilidade. Dos indivíduos se deve exigir total responsabilidade pelas legítimas expectativas de afeto geradas. O preço da autonomia para produzir os padrões da organização familiar é a responsabilidade integral pelos companheiros em comunhão de vida.

À união simultânea ao matrimônio ou a outra(s) união(ões) de fato que seja ostensiva, estável e fundada no afeto, não se pode deixar de reconhecer o *status* de família, com todos os efeitos decorrentes de uma união estável.

Quanto aos casos de uniões poliafetivas (poliamorismo/único núcleo), que não são o foco desse trabalho, é fácil perceber-se que não se enquadrariam simplesmente ao modelo da união estável, ato-fato jurídico. Ainda há bastante espaço para experimentação de regimes jurídicos para essas entidades, as quais se deve estender o *status* de família, pelos mesmos fundamentos do reconhecimento judicial de uniões de fato paralelas (núcleos distintos). Aqui se deve dar ampla liberdade para que os conviventes elejam o modelo de organização de suas relações de afeto e patrimoniais, com a consciência de que o preço da liberdade é a vedação ao descompromisso.

4. Referências:

ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1999 (1ª edição) e 2000 (2ª edição).

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Estatuto da Família de Fato**. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2002.

AZEVEDO, Renato Asamura e RIULLI NETO, Antônio. **Parentesco socioafetivo na família caleidoscópio**. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em 09/04/2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2010, 25ª edição.

BRASIL, STF, **Recurso Extraordinário nº 397762-8 – BA**. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03/06/2008.

BRASIL, STF, **ADPF 132 – RJ**, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011.

BRASIL, STJ, **Resp. nº. 183.718 – SP**, 4º T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1º-10-1998.

BRASIL, STJ, **Resp. nº. 789.293/RJ**, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, d.j. 20/03/2006.

BRASIL, STJ, **Resp. nº 1.157.273**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, d. j. 18/05/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0027.05.074755-2/001(1)**, 5ª Câmara Cível, relator: Maria Elza, julgado em 06/09/2007.

BRASIL, TJMG, 5ª Câmara Cível, **Apelação Cível 1.0111.04.000875-2/002**, rel. Des. Cláudio Costa, j. 17.05.2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0017.05.016882-6/003(1)**, 5ª Câmara Cível, Relator Maria Elza, julgamento em 20 nov. 2008.

BRASIL, TJMG, 4ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 1.0384.05.039349-3/002**, rel. Des. Moreira Diniz, j. 21.02.2008, v.u.

BRASIL, TJRS, **Apelação Cível n. 70011962503**, TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 17/11/2005.

BRASIL, TJRS, **Apelação Cível nº 70023734122**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/12/2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª edição, Coimbra, 1991.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**, 2ª Edição, Belo Horizonte, Mandamentos, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**, 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, Bigamia e União Estável: Realidade e Responsabilidade**. Disponível em <http://www.juristas.com.br/>; acesso em 09/04/2012.

DIAS, Maria Berenice. **Bem Feito! Quem Manda ser Mulher?** Disponível em: <http://mbdias.com.br/hartigos.aspx?100,18>. Acesso em 09/04/2012.

DONOSO, Denis. União estável e entidades familiares concomitantes. O poliamor como critério jurídico do Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2030, 21 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12232>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, 2ª Edição Revisada, Escala, São Paulo, sem data.

FERRAZ, Paula Carvalho. **O concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional**, p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em 09.04.2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante. Na teoria e na prática (dos tribunais)**, Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11500>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio e MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 4º Ed. Rev. E Atual, São Paulo, Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo, Loyola, 2002.

IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>. Acesso em 04/11/2012.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**, Editora Brasiliense, São Paulo, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980.

LÔBO, Paulo Luís Neto. **Famílias**, São Paulo, Saraiva, 2010.

LOPES, João Gabriel Pimentel. **Juízes, famílias e constitucionalismo: o que está em disputa no STF no debate sobre a possibilidade do reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas?** Manuscrito acadêmico, Não Publicado.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, pp. 183-202, nov. 2000.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do concubinato ao casamento**, 6^a ed., São Paulo, Método, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, **Direitos Fundamentais – Direito Estadual II**, São Paulo, Saraiva, 2011.

PONZONI, Laura. **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato**, p. 6. Disponível em: Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em 09.04.2012.

PUFF, Jefferson. **União Estável de Três Abre Polêmica Sobre Conceito Legal de Família**. http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120828_uniao_poliafetiva_abre_jp.shtml. Acesso em 04/11/2012.

RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo, **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la constitución española**, Editorial Comares, Granada, 1996.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas e Monogamia**, *In: Família e dignidade humana*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.), Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, São Paulo, IOB Thomson, p. 193-221, 2006.

SANTAMARÍA, Pastor, J. A.: **Fundamentos de derecho administrativo**, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SILVA, Lorene Lopes. **A tutela jurídica das famílias simultâneas: a constitucionalização do Direito de Família e o enriquecimento ilícito do cônjuge infiel**. Projeto de Monografia apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2010.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Vol. XVII, Coord. Álvaro Villaça de Azevedo, São Paulo, Atlas, 2003.

XAVIER, Fernanda Dias. **União Estável e Casamento: A Impossibilidade de Equiparação à Luz dos Princípios da Igualdade e da Liberdade**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em direito, Brasília, 2009.